



جامعة وهران 2

كلية الحقوق و العلوم السياسية

أطروحة

للحصول على شهادة دكتوراه في العلوم

تخصص قانون الأعمال المقارن

## التعاقد من الباطن في عقد مقاوله البناء

مقدمة ومناقشة علنا من طرف

الطالبة: مازة حنان

### أمام لجنة المناقشة

اللقب والإسم	الرتبة	المؤسسة الأصلية	الصفة
تراري ثاني مصطفى	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران 2	رئيسا
كحلولة محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا مقرررا
ناصر فتيحة	أستاذة التعليم العالي	جامعة وهران 2	عضوة مناقشة
يقاش فراس	أستاذ محاضر (أ)	جامعة وهران 2	عضوا مناقشا
تشوار الجيلالي	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	عضوا مناقشا
بن عصمان جمال	أستاذ محاضر (أ)	جامعة تلمسان	عضوا مناقشا

السنة الجامعية

2016 ~ 2015

# المقدمة

تزايد اهتمام الدول بإنجاز المشاريع العقارية سواء تعلقت بأشغال كبرى، كإنجاز الطرقات والجسور والأنفاق والسدود، أو تعلقت بالمباني والسكنات. وهذا بعد ارتفاع المستوى المعيشي للمجتمعات، مما أدى إلى المطالبة بتحقيق الازدهار والرفاهية في العيش. ولذلك، فإن أهمية هذه المشاريع تكمن في تحقيق السلم الاجتماعي بالاستجابة إلى مطالب المجتمع من جهة، وإلى التنمية الاقتصادية للدولة صاحبة المشروع، وكذا للدول المصنعة والموردة لتكنولوجيات وتقنيات البناء، من جهة أخرى.

وتعد الجزائر من بين الدول التي سعت لإنجاز الكثير من السكنات خلال العشرية الأخيرة، وهذا ثابت من خلال برمجة العديد من المشاريع العقارية في الثلاثة برامج الخماسية الأخيرة للحكومة، فمنها ما تم إنجازه ومنها ما هو في طور التنفيذ. ومن بين المشاريع التي أخذت حيزا كبيرا من البرامج الحكومية الطريق السيار شرق- غرب، إنجاز الجسور والأنفاق والمستشفيات وعلى الخصوص مشاريع السكنات الاجتماعية والترقوية. بيد أنه وما دام أن الدولة أو الهيئات التابعة لها هي صاحبة المشروع، فإن هذه المشاريع تخضع لنظام العقود الإدارية. ولضمان الشفافية في منح هذه الصفقات وحماية للمال العام وللمصلحة العامة للمجتمع، أخضع المشرع إبرام هذه الصفقات إلى تشريع خاص بها وهو تشريع الصفقات العمومية، الذي شهد العديد من التعديلات والتصويبات لتحقيق الغاية المذكورة، بإصدار المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المؤرخ في 24 يوليو 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية<sup>1</sup>، الذي ألغى الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967 والمتضمن قانون الصفقات العمومية، والمرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وصولا - بعد إلغاء المرسوم الرئاسي رقم 250/02 - إلى المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية<sup>2</sup>. وشهد هذا النص العديد من التعديلات منذ صدوره لمواجهة

---

<sup>1</sup> - ج. ر. 28 يوليو 2002، العدد 52، ص. 3.

<sup>2</sup> - ج. ر. 7 أكتوبر 2010، العدد 58، ص. 3. المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-98 المؤرخ في أول مارس 2011، ج. ر. 6 مارس 2011، العدد 14، ص. 14 وبالمرسوم الرئاسي رقم 11-222 المؤرخ في 16

الاختلاسات وسوء التسيير وتشجيع الإنتاج الوطني وتنظيم الاستثمار الأجنبي، بإلزامية الشركات الأجنبية بعقد شراكة مع المؤسسات الوطنية عمومية كانت أم خاصة<sup>3</sup>. ويعد خمسة سنوات من العمل بالمرسوم الرئاسي رقم 10-236، ألغي مؤخرًا و عوض بالمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، الذي تضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام<sup>4</sup>.

وإن كانت المشاريع التي تتم في إطار الصفقات العمومية، أي تلك التي تبادر بها الدولة أو إحدى هيئاتها بصفتها صاحبة المشروع، أخذت حيزًا كبيرًا من دائرة التنمية الاقتصادية، فإنّ المشاريع الخاصة لا تقل أهمية عن سابقتها، والمقصود بها المشاريع التي تتم بين أشخاص القانون الخاص. وقد تزايد حجم المشاريع الخاصة على حساب المشاريع العامة بعد فتح المجال أمام الاستثمار الخاص الداخلي والخارجي، لاسيما في مجال إنجاز مشاريع البناء. بيد أنّ المشرع الجزائري اهتم كثيرا بتطوير تشريع الصفقات العمومية، كما سبق تبيانها، دون التشريع الخاص الذي يحكم المشاريع الخاصة، وهذا بسبب تعلق الصفقات العمومية بالمال العام والمصلحة العامة. ويقصد بالتشريع الذي يحكم المشاريع الخاصة القانون المدني، باعتباره القانون الذي يحكم العلاقات بين الأشخاص العاديين، أي أشخاص القانون الخاص بما في ذلك الدولة وهيئاتها عندما تتخلى عن سيادتها وتتصرف كشخص عادي في المجال الصناعي والتجاري.

---

يونيو 2011، ج. ر. 19 يونيو 2011، العدد 34، ص. 4 وبالمرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012، ج. ر. 26 يناير 2012، العدد 4، ص. 4 وبالمرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13 يناير 2013، ج. ر. 13 يناير 2013، العدد 2، ص. 5.

<sup>3</sup> - المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدلة والمتممة بالمادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 13-03، المذكورين أعلاه.

<sup>4</sup> - ج. ر. 20 سبتمبر 2015، العدد 50، ص. 3 والذي يدخل حيز التنفيذ بعد ثلاثة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، أي ابتداء من 21 ديسمبر 2015، المادة 219.

وقد تناول المشرع الجزائري الإطار القانوني الذي يحكم مشاريع البناء بين أشخاص القانون الخاص، في الكتاب الثاني من القانون المدني الذي وضع فيه أحكام الالتزامات والعقود، والمقصود هنا بالتحديد عقد المقاولة الذي بين أحكامه في الفصل الأول من الباب التاسع المتعلق بالعقود الواردة على العمل من المادة 549 إلى المادة 570. ومنذ إصداره للقانون المدني بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975<sup>5</sup>، أدخل المشرع بعض التعديلات على أحكام عقد المقاولة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005<sup>6</sup>. غير أنه خصص لبعض النشاطات العقارية نصوصا خاصة بها، على غرار نشاط الترقية العقارية، الذي وإن كان يتم في إطار عقد المقاولة المنظم في القانون المدني، إلا أنه كان يخضع للقانون رقم 86-07 المؤرخ في 4 مارس 1986، الذي ألغى بالمرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في أول مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري. وبتزايد حجم مشاريع الترقية العقارية ألغى المشرع النص المذكور، وأصدر القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية والساري المفعول<sup>7</sup>. ولكن وبالرغم من اعتبار هذا القانون نصا خاصا بنشاط الترقية العقارية، فيجب الرجوع إلى أحكام عقد المقاولة وأحكام النظرية العامة للعقد المنصوص عليهما في القانون المدني، عند غياب حكم خاص<sup>8</sup>. وبما أن القانون المذكور لم ينظم عقد المقاولة والتعاقد الفرعي في مقاولات البناء، فيقتضي الأمر الرجوع إلى الأحكام الواردة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للقانون الخاص.

وعرّف المشرع الجزائري عقد المقاولة في المادة 549 من القانون المدني بأنه " *العقد الذي يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر*

<sup>5</sup>- ج. ر. 30 سبتمبر 1975، العدد 78، ص. 990.

<sup>6</sup>- ج. ر. 26 يونيو 2005، العدد 44، ص. 17.

<sup>7</sup>- ج. ر. 6 مارس 2011، العدد 14، ص. 4.

<sup>8</sup>- المقصود بأحكام النظرية العامة للعقد، أحكام الفصل الثاني المخصص للعقد من الباب الأول المحدد لمصادر الالتزام من الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات والعقود من القانون المدني من المادة 54 إلى المادة 123.

يتعهد به المتعاقد الآخر". والظاهر أن هذا التعريف مستمد من القانون المدني المصري لتطابق النصين<sup>9</sup>. وقد اختلف المشرعين في تسمية هذا العقد، فعلى غرار المشرع الجزائري سمّاه المشرع المصري بعقد المقاولة، مخالفين المشرع الفرنسي الذي سمّاه بعقد إجارة الصنعة "Contrat de louage d'ouvrage" واتبعه المشرع المغربي فسمّاه بذات التسمية<sup>10</sup>.

ويتحدد محل عقد المقاولة في الشيء أو العمل الذي يلتزم بصنعه أو بتأديته أحد أطرافه وهو المقاول لمصلحة الطرف الثاني وهو صاحب العمل أو ما يعرف بصاحب المشروع. ويتحدد موضوع عقد مقاولة البناء في أشغال التهيئة والحفر ووضع الأساسات والبناء والتجهيز، التي يلتزم المقاول القيام بها، وكل ما هو لازم لإتمام البناية لجعلها في حالة يمكن الانتفاع بها بشكل معتاد. والحال أنه كثيرا ما يعجز المقاول على تنفيذ المشروع بمفرده في الآجال المتفق عليها، نظرا لمحدودية وسائله المادية وإلزامية إتمام الأشغال في مدة زمنية محددة، تحت طائلة فرض عليه غرامات مالية إذا تأخر في تسليم المشروع. ولتفادي ذلك، سمح المشرع للمقاول باللجوء إلى مقاول آخر يكلفه بإنجاز المشروع كاملا أو جزءا منه، كما يمكنه التعاقد مع عدة مقاولين يكلف كل واحد منهم بإنجاز جزء من العمل حسب تخصصه وخبرته في مجال معين. فإذا تم هذا التعاقد، يسمى المقاول الثاني " بالمقاول الفرعي" أو " المقاول من الباطن"، ويصبح المقاول الأول المتعاقد مع صاحب المشروع يسمى " بالمقاول الأصلي".

---

<sup>9</sup> - عرّف المشرع المصري عقد المقاولة في المادة 346 من التقنين المدني بنصها: " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". أما المشرع المغربي فسمّاه بعقد إجارة الصنعة في الفقرة الثانية من الفصل 723 من ظهير الالتزامات والعقود وعرّفه بأنه " عقد بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين بصنع شيء معين مقابل أجر يلتزم الطرف الآخر بدفعه له". وقد عرّفه المشرع الفرنسي في المادة 1710 من القانون المدني كما يلي:

« Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ».

<sup>10</sup> - حول هذا الموضوع، عبد القادر العرعاري، مفهوم عقد المقاولة في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة الإحياء، رابطة علماء المغرب، الرباط، العدد الرابع، 1994، ص. 53.

وينشأ عن التعاقد الفرعي في مقاولات البناء ثلاثة علاقات، علاقة بين صاحب المشروع والمقاول الأصلي وهي علاقة تعاقدية تعرف بعقد المقاولة الأصلي، وعلاقة تعاقدية أخرى بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي تعرف بعقد المقاولة الفرعي أو عقد المقاولة من الباطن، وعلاقة بين صاحب المشروع والمقاول الفرعي ليست تعاقدية تحكمها نصوصاً قانونية خاصة.

وبذلك، سمي العقد الثاني بعقد المقاولة الفرعي لأنه يتفرع عن عقد المقاولة الأصلي، وسميت المقاولة الثانية بالمقاولة الفرعية أو المقاولة الباطنية لأنها تتفرع عن المقاولة الأصلية الناجمة عن تعاقد صاحب المشروع مع المقاول الأصلي<sup>11</sup>. ومن ثم، فإنّ المقاولة الفرعية تخضع لأحكام التعاقد الفرعي<sup>12</sup>، الذي يستلزم لوجوده تعاقد أصلي، فبانعدام العقد الأصلي ينعدم العقد الفرعي، والعقد الفرعي يتبع العقد الأصلي في وجوده وصحته، تطبيقاً لقاعدة " **الفرع يتبع الأصل** ". وينجم عن هذا، عدم اعتبار تعاقد صاحب المشروع مع حرفيين لإنجاز بعض الأشغال عقد مقاولة من الباطن لانعدام عقد المقاولة الأصلي. فمن

---

<sup>11</sup> - نص المشرع الجزائري على أحكام التعاقد الفرعي في القسم الثالث تحت عنوان " **المقاولة الفرعية** " من الفصل الأول المتعلق بعقد المقاولة وخصص له المادتين 564 و565 من القانون المدني.

<sup>12</sup> - اختلفت تسميات التعاقد الفرعي في العقود المدنية والتجارية، فقد استخدم المشرع الجزائري عبارة " **المقاولة الفرعية** " عند وضعه لأحكام التعاقد الفرعي في عقد المقاولة، ومصطلح " **التعاقد الفرعي** " في عقد الإيجار المدني. بينما استخدم في القانون التجاري عبارة " **الإيجار من الباطن** " عند تفصيله لأحكام التعاقد الفرعي في إيجار المحل التجاري. أمّا في تشريع الصفقات العمومية، فقد استعمل تسمية " **التعامل الثانوي** " في المرسوم الرئاسي رقم 10-236-الملغى- وفي المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر والساري المفعول، استخدم مصطلح " **المناولة** " للدلالة على التعاقد الفرعي في مجال الصفقة العامة، وهو عنوان القسم السادس من الفصل الرابع المتعلق بتنفيذ الصفقات العمومية وأحكام تعاقدية. أمّا المشرع المصري فسمى التعاقد الفرعي في عقد المقاولة " **بالمقاولة من الباطن** ". وإن اختلفت التسميات فإنها تتحد في المدلول، فيقصد بها تعاقد يتفرع عن عقد أصلي هو عقد المقاولة المبرم بين صاحب المشروع ومقاول أصلي، ليتعاقد هذا الأخير مع مقاول أو عدة مقاولين آخرين يسمون " **بالمقاولين الفرعيين** " أو " **المناولين** " في إطار عقد مقاولة فرعية أو عقد مقاولة من الباطن، وهذا ما عبر عنه المشرع الفرنسي بمصطلح " *La sous-traitance* ".

الناحية القانونية يعد هذا العقد عقد عمل أو عقد وكالة أو عقدا من نوع آخر، ولا يعد عقد مقاولة من الباطن، لأن العبرة بالأركان والشروط المقيمة للعقد وليس العبرة بتسمياته.

ويعتبر العقد الفرعي، عقدا من الناحية القانونية ينطبق عليه التعريف الوارد في المادة 54 من القانون المدني<sup>13</sup>، إلا أنه يتفرع عن عقد أصلي فهو " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"<sup>14</sup>. وبذلك، فإنّ عقد المقاول الفرعية يعد " عقدا بموجبه يكلف المقاول الأصلي مقاولا آخر يعرف بالمقاول الفرعي بتنفيذ كل العمل محل عقد المقاول الأصلي أو جزء منه مقابل أجر يلتزم به الطرف الأول ".

---

<sup>13</sup> - المادة 54 ق. م. ج. المعدلة بالمادة 23 من القانون رقم 05-10، السالف الذكر. وتقابلها المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي:

« *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ».

<sup>14</sup> - يعرف العقد فقها بأنه " توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني". وكان الفقه الفرنسي القديم (والمقصود الفقيهين بوتييه *Pothier* ودوما *Domat* اللذان نقل عنهما التقنين المدني الفرنسي) يحصر هذا الأثر في إنشاء الحق دون نقله أو تعديله أو زواله، بينما يقتصر العقد على إنشاء الالتزام. وبهذا أخذ التقنين المدني الفرنسي في مادته 1101، واتبعه في ذلك المشرع الجزائري في المادة 54 المذكورتين أعلاه. وبمقتضى هذا التعريف يعد العقد اتفاقا ينشئ التزاما فهو أخص من الاتفاق وأضيق مجالا، ويعد بعض من كل، أي جعل الاتفاق جنسا والعقد نوعا. وقد انتقد هذا التمييز بين العقد والاتفاق ولا يرى غالبية الفقه تفرقة بينهما، فهما اسمان لمسمى واحد ولفظان مترادفان لمدلول واحد هو " توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني"، كيف ما كانت طبيعة هذا الأثر، سواء تمثل في إنشاء الالتزام (أو الحق) أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

بخصوص هذا الموضوع، علي سليمان، *النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري*، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة، 2008، بند 11، ص. 10 وبلحاج العربي، *النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري*، الجزء الأول، *التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة*، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2007، بند 19، ص. 41.

Concernant la doctrine française, v. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 22<sup>ème</sup> éd., 2002, n° 15, p. 50; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2002, n° 12, p. 13 et J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, L'acte juridique*, Armand Colin, 10<sup>ème</sup> éd., 2002, n°s 79 et s, pp. 55 et s.

وخلافا لعقد المقاولة الأصلي للبناء الذي يبرم بين مقاول وصاحب المشروع الذي يعد شخصا عاديا وغالبا ما يكون جاهلا بقواعد وتقنيات البناء، فإنَّ عقد المقاولة الفرعية يبرم بين مقاولين، فهو يجمع بين أشخاص مهنيين متساوون إلى حد ما في الخبرات والمعارف التقنية، مما يجعله عقدا متوازنا. أمّا عقد المقاولة الأصلي، فإنّه يفتقد لهذا التوازن لعدم احترافية صاحب المشروع، أحيانا.

وحماية لصاحب المشروع وللمقتنين البناء من بعده، ألزم المشرع بإنجاز البناء بتصميم من شخص مهني مؤهل بشهادات وخبرات معينة وهو ما يعرف **"بالمهندس المعماري"**، والذي لا يمكن لأي شخص حمل هذه الصفة إلا بعد الحصول على الاعتماد، بعد التسجيل في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين<sup>15</sup>. ويمارس المهندس المعماري مهام إنجاز التصاميم والمخططات ومتابعة إنجاز المشروع من بدايته إلى نهايته بصفة فردية أو في إطار مكتب دراسات، ولهذا يسمى **"برئيس المشروع"**. ولتقوية الأمان لصالح صاحب المشروع ولضمان حسن إنجاز البناء وسلامته، يقوم المهندس المعماري أو مكتب الدراسات والمقاول بمهامهم تحت رقابة المراقب التقني للمشروع، الذي يمنح تأشيرته من أجل حصول المهنيين المذكورين أعلاه على أجورهم ومقابل أتعابهم. وقد أخضع المشرع كل من المقاول والمهندس المعماري ومكتب الدراسات والمراقب التقني لعدة ضمانات أهمها الضمان العشري وهو ما يسمى **"بالضمان المعماري"**، وسماه كذلك **"بالمسؤولية العشرية"**، وألزمهم باكتتاب تأمين يشمل هذا الضمان<sup>16</sup>. وبموجبه يضمن الأشخاص المذكورين ما يحدث من تهدم البناء الذي شاركوا في تشييده كلياً أو جزئياً، ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض. كما يشمل الضمان العشري ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب تهدد متانة

---

<sup>15</sup> - أحكام الباب الثاني من المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 18 مايو 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج. ر. 25 مايو 1994، العدد 32، ص. 4، المعدل بالقانون رقم 04-06 المؤرخ في 14 غشت 2004، ج. ر. 15 غشت 2004، العدد 51، ص. 6.

<sup>16</sup> - المادة 554 ق.م.ج. والمادة 178 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، ج. ر. 8 مارس 1995، العدد 13، ص. 3، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج. ر. 12 مارس 2006، العدد 15، ص. 3.

البناء وسلامته. ويمتد هذا الضمان مدة عشر سنوات بداية من التسليم النهائي للمشروع إلى صاحبه. وقد أكد المشرع على خضوع مكاتب الدراسات والمقاولين وكل متدخل في عملية إنجاز مشروع الترقية العقارية له صلة تعاقدية بصاحب المشروع، للمسؤولية العشرية في تشريع نشاط الترقية العقارية<sup>17</sup>.

أما بالنسبة للمقاول الفرعي، فيما أنه لا يرتبط بصاحب المشروع بعلاقة تعاقدية ونظرا لتعاqude مع شخص مهني وهو المقاول فلم يخضعه المشرع للضمان العشري، ويكفي خضوعه لأحكام المسؤولية التعاقدية وما ينجم عن عقد المقاولة الفرعية من آثار. ولكن وبالرغم من أهمية التعاقد الفرعي أو التعاقد من الباطن في إنجاز محل عقد المقاولة البناء، لم يترك المشرع الحرية التامة للمقاول الأصلي في اللجوء إلى المقاولين الفرعيين في إنجاز أشغال البناء موضوع عقد المقاولة الأصلية، بل قيد سلطته في ذلك بخلو عقد المقاولة الأصلي من شرط يمنعه بموجبه صاحب المشروع من اللجوء إلى التعاقد الفرعي. كما أن سلطة المقاول الأصلي في إنجاز المشروع عن طريق مقاولات من الباطن مقيد كذلك بعدم ارتباط الأشغال بكفاءات شخصية للمقاول، وهذا بنصه في الفقرة الأولى من المادة 564 من القانون المدني على مايلي "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية".

ونظرا لعدم خضوع المقاول من الباطن للضمان العشري، فقد جعل المشرع المقاول الأصلي مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه صاحب المشروع، بنصه في الفقرة الثانية من المادة 564 المذكورة "ولكن يبقى (المقصود المقاول) في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل". فيحق لصاحب المشروع مسائلة المقاول الأصلي عن أخطاء المقاول الفرعي مباشرة، وإن لم يكن حرا في اختياره، نظرا للظروف المحيطة بالتعاقد.

---

<sup>17</sup> - المادة 46 من القانون رقم 11-04، السالف الذكر، والتي تنص على أنه: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس".

ويلاحظ عدم تخصيص المشرع الجزائري للتعاقد الفرعي نصا تشريعيًا مستقلا، بل تناول أحكام عقد المقاولة من الباطن ضمن فصل عقد المقاولة في القانون المدني، بالنسبة للعقود الخاصة. وفي تشريع الصفقات العمومية بالنسبة للمقاولات الفرعية في إنجاز المشاريع العامة، حيث سماه بالمناولة. وقد خصص له قسما خاصا تحت هذه التسمية في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور أعلاه. الأمر الذي نجم عنه اختلاف أحكام التعاقد الفرعي في العقود الخاصة عن تلك المنصوص عليها بالنسبة للتعاقد الفرعي في الصفقات العامة، إذ منع في تشريع الصفقات العمومية شمول التعاقد الفرعي كامل أشغال الصفقة، وحصره في جزء منها لا يتجاوز قدر 40 من المبلغ الإجمالي للصفقة مع عدم جوازه في صفقات اللوازم العادية. وأوجب تحديد مجال التعاقد من الباطن في الصفقة بذاتها وفي دفتر الشروط. وألزم المشرع خضوع المناول لموافقة المصلحة المتعاقدة، أي الإدارة صاحبة المشروع مسبقا، فلا يكفي رضا المقاول الأصلي عليه، بل يجب موافقة الإدارة صاحبة المشروع. والتي لا تبدي موافقتها إلا بعد التأكد من مؤهلاته ومواصفاته المهنية ووسائله البشرية والمادية ومدى تطابقها مع الأعمال محل التعامل الثانوي، كما اشترطه المشرع<sup>18</sup>.

وأمام اختلاف النظامين القانونيين عن بعضهما البعض، فلا يجوز تطبيق أحكام التعاقد الفرعي في الصفقات العامة على التعاقد الفرعي في العقود الخاصة. وإن كان من الناحية العملية كثرة اللجوء إلى أحكام الصفقات العمومية في تحرير عقد المقاولة من الباطن على غرار تحرير عقد المقاولة الأصلية، ولكنها تطبيقات فرضها الواقع العملي.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد خص التعاقد من الباطن بنص تشريعي خاص ومستقل، جمع بمقتضاه بين التعاقد الفرعي في العقود الخاصة والتعاقد الفرعي في العقود العامة، وهو القانون رقم 75-1334 المؤرخ في 31 ديسمبر 1975 المتعلق بالتعاقد الفرعي<sup>19</sup>. وقد عرّف هذا النص التعاقد الفرعي بأنها " العملية التي بموجبها يكلف المقاول،

---

<sup>18</sup> - المواد من 140 إلى 144 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور أعلاه.

<sup>19</sup> - L. n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, JORF du 3 janvier 1976, p. 148.

وتحت مسؤوليته، شخصا آخر يسمى بالمقاول الفرعي بتنفيذ كامل الأشغال المحددة في عقد المقابلة أو جزء منها أو جزءا فقط من الصفقة العامة المبرمة مع صاحب المشروع".

وبذلك، فإن القانون المذكور وبعد تعديل أحكامه بالقانون رقم 2001-1168 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001 ميّز بين التعاقد الفرعي في مجال الصفقات العامة والتعاقد الفرعي في عقد المقابلة، فأجاز التعاقد الفرعي على كامل الأشغال محل عقد المقابلة. وحدد مجال التعاقد الفرعي في الصفقة العامة، بجزء محدد منها فقط. وبهذا التعديل أصبحت المادة الأولى من القانون رقم 75-1334 المذكور، تمنع التعاقد من الباطن الكلي للصفقات العمومية. كما أصبحت المادة تشمل على فقرة وحيدة، بعد إلغاء الفقرة الثانية منها، والتي كانت تخص التعاقد الفرعي في عمليات النقل بالأمر رقم 2010-1307 المؤرخ في 28 أكتوبر 2010<sup>20</sup>.

كما كرس التشريع الفرنسي مبدأ قبول المقاول من الباطن من قبل صاحب المشروع، سواء في الصفقات العامة أو في العقود الخاصة. ولم يكتف المشرع الفرنسي بإلزامية قبول المقاول الفرعي من طرف صاحب المشروع، بل ألزم اعتماد هذا الأخير شروط دفع الأجر بالنسبة لكل عقد مقابلة من الباطن، سواء تعلق بصفقة عمومية أو عقد مقابلة بين الخواص. كما ألزم المشرع الفرنسي المقاول الفرعي بضمان تنفيذ التزاماته بكفالة شخصية وتضامنية لصالح المقاول الأصلي، تحت طائلة بطلان العقد الفرعي<sup>21</sup>.

وقد أصاب المشرع الفرنسي بتوحيده لأحكام التعاقد الفرعي في العقود الخاصة والعقود العامة، بموجب نص تشريعي مستقل، بالنظر لأهمية التعاقد الفرعي سواء في المجال

---

<sup>20</sup> - Art. 1<sup>er</sup>, L. n° 75-1334, modifié par L. n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, JORF du 12 décembre 2001, p. 19703 et par ord. n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du code des transports la partie législative du code des transports fait l'objet d'une publication spéciale annexée au journal officiel de ce jour, JORF du 3 novembre 2010, p. 19645 : « Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ».

<sup>21</sup> - Arts 3 et 14, L. n° 75-1334.

الصناعي والتجاري عامة وفي مجال البناء خاصة، وأدخل عليه عدة تعديلات تتماشى مع تنامي ضرورة اللجوء إلى هذا النوع من التعاقد، كما سبق ذكره. أما المشرع الجزائري، فلزال يفصل بين التعاقد الفرعي في الصفقات العامة والتعاقد الفرعي في العقود الخاصة، فاهتم بالصنف الأول وعدّل أحكامه في مناسبات عديدة. أما النوع الثاني فلم يعدل أحكامه التي بقيت على حالها منذ صدور القانون المدني سنة 1975، بالرغم من صيرورة التعاقد من الباطن في مقاولات البناء تعامل لا يمكن الاستغناء عنه، بل يفرضه واقع إتمام إنجاز مشاريع البناء في الآجال المحددة، وبالتقنيات المتخصصة.

وعلى أساس الأهمية المذكورة لموضوع التعاقد الفرعي وما له من تأثيرات وانعكاسات على التنمية الاقتصادية لكل دولة، اخترت هذا الموضوع للبحث فيه، محاولة الإلمام به. غير أن دراستي ستقتصر على التعاقد الفرعي في عقد المقاول للبناء في مجال العقود الخاصة، والذي نظمه المشرع الجزائري بمادتين فقط من القانون المدني وهما المادة 564 والمادة 565. أما التعاقد الفرعي في العقود العامة وإن كان يخرج عن مجال هذه الدراسة، فهذا لا يمنع من إجراء بعض المقارنات بين النظامين القانونيين. مما يستوجب البحث في ماهية التعاقد الفرعي في مقاولات البناء والآثار الناجمة عنه؟ والعلاقات الناشئة عن هذا التعاقد، لاسيما في علاقة المقاول الفرعي بصاحب المشروع الذي يعد أجنبيا عنه؟ وما هي الضمانات المخولة للمقاول الفرعي في حالة عجز المقاول الأصلي عن دفع أجره، وهل له الحق في ممارسة الدعوى المباشرة؟ وما هي المسؤوليات الملقاة على عاتق المقاول الفرعي عند إخلاله بالتزاماته وعند تهدم البناء أو ظهور عيوب فيه تهدد سلامته؟ ويجب التساؤل عن مدى خضوع المقاول الفرعي للضمانات الخاصة التي يخضع لها المقاول الأصلي، وعلى الخصوص الضمان العشري أو ما يسمى بالمسؤولية العشرية؟

ومن أجل مناقشة هذه التساؤلات، يجب تحديد، في مرحلة أولى من هذا البحث، نطاق تطبيق أحكام التعاقد من الباطن في مقاولات البناء (القسم الأول)، لأوجه بحثي، في مرحلة ثانية، نحو دراسة الآثار الناجمة عن هذا التعاقد وجزء مخالفة أحكامه (القسم الثاني).

**القسم الأول:**

**نطاق تطبيق أحكام التعاقد من الباطن في مقاولات البناء**

لقد فرض تطور ميدان الأعمال في مجال البناء وإنجاز المشاريع المتعددة والكبيرة ضرورة تعاون عدة أشخاص فيما بينها سواء كانت طبيعية أو اعتبارية. إذ عجزت المقاولات الفردية وحتى الشركات الصغيرة والمتوسطة من توفير الوسائل الكافية لإنهاء الصفقات الضخمة في الوقت المحدد، فكان من الضروري اللجوء إلى التعاقد الفرعي. فأصبح للمقاولات الفرعية مكانة بارزة في هذا المجال، وهذا راجع لتطور أساليب الفن المعماري وحتمية التخصص المهني. فظهرت مقاولات متخصصة في أعمال البناء والترميم والهدم، وأخرى في التركيبات الكهربائية والالكترونية، ومقاولات تختص بإنجاز الجسور والأنفاق. فتجلت بذلك صورة " التعاقد الفرعي " أو " التعاقد من الباطن " كحتمية اقتصادية في مجال المقاولات تم تأطيره في قالب قانوني، فنظمه المشرع في إطار المقولة الفرعية.

ويتم اللجوء غالبا إلى هذا النوع من التعاقد في حالتين، تتمثل الأولى في حاجة المقولة الأصلية إلى الإمكانيات الكافية لتنفيذ المشروع نظرا لضخامته، إذ يصعب عليها تنفيذه بمفردها بالنظر إلى محدودية وسائلها. أما الحالة الثانية تكون عند عدم توفر الوقت الكافي لإنجاز العمل وتسليمه في المدة المحددة في عقد المقولة الأصلي، فنتم الاستعانة

بمقاولين آخرين متخصصين لتنفيذه في الأجل المحدد وبالتقنيات المطلوبة، في إطار التعاقد الفرعي.

ومن أجل إعطاء مفهوم لعقد المقاولة الفرعية، يتطلب الأمر البحث مسبقاً في ماهية المقاولة الفرعية (الفصل الأول)، ثم في الضمانات الناشئة عن التعاقد من الباطن في مقاولات البناء (الفصل الثاني).

## الفصل الأول

### ماهية المقاولة من الباطن

يقوم عقد المقاولة على الاعتبار الشخصي، إذ يبحث صاحب المشروع عن المقاولين لتنفيذ العمل موضوع العقد اعتباراً لمؤهلاتهم وخبراتهم التقنية. فمن يريد إنشاء بناية ما، لا يحتاج إلى ذوي الاختصاص في مرحلة التنفيذ فقط، وإنما تبدأ حاجاته إلى هؤلاء من نقطة بداية التفكير في المشروع، أي مرحلة البحث عن المهندس المعماري لإعداد التصاميم والرسومات الهندسية، ثم المقاول منفذ العمل ومكتب الدراسات متابع ومراقب المشروع، حتى يصل رب العمل إلى تحقيق مشروعه. وتنتقل تلك الحاجة إلى المقاول الأصلي المتعاقد مع صاحب المشروع، عند شروعه في إنجاز العمل المكلف به، مما يضطره إلى البحث عن مقاولات فرعية ذات مؤهلات تقنية متخصصة، فيتعاقد معها من الباطن، لإتمام جزء من الصفة محل الاتفاق أو كلها.

ولتبيان ماهية عقد المقاولة من الباطن، يجدر بنا التطرق في البداية إلى مفهوم عقد المقاولة الفرعية في المبحث الأول، قبل تبيان كيفية تكوينه في المبحث الثاني.

### **المبحث الأول: مفهوم عقد المقاولة من الباطن**

بالرغم من تبيان المشرع الجزائري لأحكام التعاقد الفرعي، إلا أنه لم يضع له تعريفاً محدداً، بل نص على تطبيقات خاصة به، فأجازه وفقاً لشروط خاصة قد تختلف عن تلك الشروط المستلزمة في التصرفات العقدية التي تتشابه معه.

وعلى ذلك، فإن بيان مفهوم المقاولة الفرعية، يقتضي تحديد المقصود بعقد المقاولة من الباطن في المطلب الأول، ثم تمييزه عن العقود الأخرى المشابهة له في المطلب الثاني.

### **المطلب الأول: تحديد المقصود من عقد المقاولة من الباطن**

لتحديد المقصود من عقد المقاولة من الباطن، يقتضي الأمر البحث عن المعنى القانوني للتعاقد الفرعي في مقاولات البناء، بإعطاء تعريفاً لعقد المقاولة من الباطن في الفرع الأول، قبل تبيان خصائصه في الفرع الثاني، ثم طبيعته القانونية في الفرع الثالث.

### **الفرع الأول: تعريف عقد المقاولة من الباطن**

اقتصر المشرع الجزائري على إجازة التعاقد الفرعي في عقد المقاولة، دون أن يعطي تعريفاً محدداً لهذا النوع من التعاقد<sup>22</sup>، وذلك بمقتضى المادة 564 من القانون المدني بنصها

---

<sup>22</sup>- على سبيل المقارنة، أجاز المشرع المصري التعاقد من الباطن في عقد المقاولة بموجب المادة 661 من القانون المدني المصري، والمشرع اللبناني بالمادة 635 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمشرع الأردني بالمادة 778 من القانون المدني الأردني. وتجدر الإشارة إلى أنه وخلافاً للمشرع الفرنسي، الذي خص التعاقد من الباطن بنص تشريعي مستقل، كما سيتم تحليله أدناه، فإن عقد المقاولة من الباطن في التشريع البلجيكي لا يحظى بأي تنظيم مستقل، بل يخضع لأحكام عقد المقاولة المنصوص عليها في القانون المدني.

" يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل، في جملة أو في جزء منه، إلى مقاول فرعي، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية. ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولاً عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل " .

وفي مجال الصفقات العامة، كان المشرع أكثر دقة في تحديد مفهوم التعاقد الفرعي، والذي نظمته في القسم السادس من فصل **تنفيذ الصفقات العمومية وأحكام تعاقدية** " تحت عنوان " **المناولة** " من التشريع الجديد للصفقات العمومية<sup>23</sup>، مما يبين تراجعاً عن تسمية " **التعامل الثانوي** " التي استخدمها في التشريع السابق<sup>24</sup>. إذ تنص المادة 140 على أنه " يمكن **المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة** منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد **مناولة**، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم. ومهما يكن من أمر، لا يمكن أن تتجاوز **المناولة أربعين في المائة (40)** من المبلغ الإجمالي للصفقة. ولا يمكن أن تكون صفقات اللوازم العادية محل **مناولة**. ويقصد باللوازم العادية اللوازم الموجودة في السوق والتي هي غير مصنعة استناداً إلى مواصفات تقنية خصوصية أعدتها المصلحة المتعاقدة"<sup>25</sup>.

V. B. KOHL et M. VANWYCH-ALEXANDRE, *Droit des obligations et sous-traitance*, Séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002, *La sous-traitance*, BRUYLANT éd., Bruxelles, 2003, p. 31.

<sup>23</sup>- المواد من 140 إلى 144 المشكلة للقسم السادس تحت عنوان **المناولة** " من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

<sup>24</sup>- المواد من 107 إلى 109 المشكلة للقسم السادس تحت عنوان " **التعامل الثانوي** " من الباب الرابع المتعلق **بالأحكام التعاقدية** " من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، السالف الذكر.

<sup>25</sup>- وكانت المادة 107 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، الملغى، تحدد مجال التعاقد الفرعي في الصفقات العمومية كالاتي " يشمل التعامل الثانوي جزءاً من موضوع الصفقة في إطار التزام تعاقدي يربط المتعامل الثانوي مباشرة بالمتعامل المتعاقد التابع للمصلحة المتعاقدة (بالتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة). وتجدر الإشارة إلى الاختلاف الموجود بين صياغة نص المادة 107 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 باللغة العربية وصياغته باللغة الفرنسية، إذ يفهم من الصياغة العربية للمادة وجود علاقة تبعية بين المتعامل المتعاقد، أي المقاول الأصلي والمصلحة المتعاقدة، وفي الواقع لا وجود لعلاقة تبعية بينهما، إذ يعد المقاول الأصلي مستقلاً عن المصلحة المتعاقدة بصفتها صاحبة المشروع. وكان من الأفضل استخدام عبارة " **المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة** " بدلا من عبارة " **المتعامل المتعاقد التابع للمصلحة المتعاقدة** "، وهذا المعنى تبينه بوضوح الصياغة الفرنسية لنص المادة المذكورة:

والمقصود هنا بالمناول المقاول من الباطن، أما المصلحة المتعاقدة فهي صاحبة المشروع والمتعامل المتعاقد هو المقاول الأصلي.

وبهذا يتضح جليا بأنّ المشرع الجزائري قد ميز بين التعاقد الفرعي في إطار العقود الخاصة، والتعاقد الفرعي في إطار الصفقات العمومية. مما يقتضي تبيان بوضوح الحد الفاصل بين النظامين، وما هي الوضعيات الخاضعة لأحكام القانون الخاص والوضعيات الخاضعة لأحكام الصفقات العمومية ؟

يتحدد التعاقد الفرعي في النظام القانوني العام، أي في العقود الإدارية، في ذلك التعاقد الناجم عن صفقة عمومية، أي التعامل الثانوي بين المقاول من الباطن والمقاول الأصلي الذي تعاقد مع صاحب مشروع خاضع للقانون العام في إطار الصفقات العمومية. وتُعرّف هذه الأخيرة، طبقا لتشريع الصفقات العمومية، بأنها " عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات"<sup>26</sup>. كما حدد المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة - التي تأخذ صفة صاحب المشروع في عقد المقاولة - على سبيل الحصر بموجب نفس التشريع<sup>27</sup>.

فلا يعد العقد صفقة عمومية إلاّ إذا أبرم من طرف المصلحة المتعاقدة كما هي محددة تشريعيًا، بغض النظر عن الطرف المقابل المتعاقد معها، أي المقاول الأصلي في

---

«La sous-traitance porte sur une partie de l'objet du marché, dans le cadre d'un engagement contractuel liant directement le sous-traitant et le partenaire cocontractant du service contractant ».

<sup>26</sup>- المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

<sup>27</sup>- المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر، التي تنص على أنه: " لا تطبق أحكام هذا الباب إلاّ على الصفقات العمومية محل نفقات: -الدولة، -الجماعات الإقليمية، -المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، -المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كليًا أو جزئيًا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية. وتدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة"."

إطار عقد المقاول، الذي قد يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، ذو رأسمال عام أو خاص أو مختلط. وبذلك يلاحظ اعتماد المشرع الجزائري أساسا على المعيار العضوي في تحديد الصفقات العمومية إلى جانب المعيار الموضوعي<sup>28</sup>. فلا يحمل العقد الوصف القانوني المذكور، أي صفة عمومية، إلا إذا كان المتعاقد بصفته صاحب المشروع من الأشخاص المحددة حصريا في المادة السادسة من تشريع الصفقات العمومية، السالفة الذكر، باعتباره المصلحة المتعاقدة مع مقاول عام أو مقاول خاص بصفة مقاول أصلي لإنجاز الأشغال العمومية، والذي أجاز له التشريع المذكور التعاقد من الباطن مع مقاول آخر بصفة مقاول فرعي أو ما سماه " بالمناول " لإنجاز جزء من الصفقة.

وبالنتيجة، إذا لم يكن التعاقد من الباطن متقرا عن صفة عمومية كما هي محددة قانونا، أين يخضع لأحكام الصفقات العمومية، فإنه يندرج في إطار صفة خاصة، أي يخضع في هذه الحالة إلى أحكام القانون المدني الخاصة بالمقاول الفرعية. ويتجلى الفرق الأساسي بين التعاقد الفرعي للمعاملات الخاصة والتعاقد الفرعي في إطار الصفقات العمومية، في جواز إتمام المعاملة الخاصة بكاملها بموجب عقد مقاول فرعي<sup>29</sup>. بالمقابل لا يجوز تنفيذ الصفقة العمومية في إطار عقد مقاول من الباطن إلا بصفة جزئية إذ لا يمكن تجاوز نسبة (40 ) من المبلغ الإجمالي للصفقة، مما يتضح قصد المشرع صراحة في منع التعاقد الفرعي لإنجاز كامل الصفقة العمومية<sup>30</sup>.

ومقارنة بالمشرع الفرنسي، فإن هذا الأخير وخلافا للمشرع الجزائري، فقد خص التعاقد الفرعي بتشريع خاص مستقل تناول بمقتضاه التعاقد الفرعي في عقد المقاول، أي في إطار القانون الخاص وكذلك التعاقد الفرعي في مجال الصفقات العمومية، وهذا بتشريع موحد وهو

---

<sup>28</sup>- حول مفهوم الصفقات العمومية أنظر: محمود خلف الجبوري، *العقود الإدارية*، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص. 35؛ هيبية سردوك، *المناقصة العامة كطريق للتعاقد الإداري*، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، 2009، ص. 27، ومحمد الصغير بعلي، *العقود الإدارية*، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2005، ص. 10.

<sup>29</sup>- المادة 564 ق. م. ج.

<sup>30</sup>- المادة 140 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالفة الذكر.

القانون رقم 75-1334 المؤرخ في 31 ديسمبر 1975 والمتعلق بالتعاقد الفرعي، المعدل والمتمم والسالف الذكر<sup>31</sup>. وبموجب المادة الأولى من القانون المذكور، عرّف المشرع الفرنسي التعاقد الفرعي بأنه " العملية التي يعهد بمقتضاها مقاول عن طريق تعاقد فرعي، وتحت مسؤوليته، لشخص آخر يسمى بالمقاول الفرعي بالتنفيذ الكلي أو الجزئي لعقد المقاول أو بالتنفيذ الجزئي فقط لصفة عمومية والمبرمين مع صاحب المشروع"<sup>32</sup>.

وبذلك يستنتج من التعاريف التشريعية، السالفة البيان، بأن " المقاول الفرعية هي علاقة تعاقدية تتم بين شخصين هما المقاول الأصلي والمقاول من الباطن يربطهما عقد فرعي مشتق من عقد أصلي يربط المقاول الأصلي بصاحب المشروع، وذلك بغرض تنفيذ المقاول الفرعي كل أو بعض محل الالتزام المتضمن في العقد الأصلي الذي يتمثل في عقد مقاول خاضع للقانون الخاص أو التنفيذ الجزئي لمقاول خاضعة للقانون العام، أي صفة عمومية ". ويتوافق هذا التعريف مع ما جاء به الفقه الذي يعرف المقاول الفرعية بأنها " عقدا ثانويا يتفرع من عقد أصلي هو عقد المقاوله يبرمه أحد أطراف هذا العقد الأخير مع الغير من أجل تنفيذ العقد الأصلي كلياً أو جزئياً، يتمثل الطرف الأول في المقاول الأصلي، أما الغير فهو المقاول الفرعي "<sup>33</sup>. مما ينجم عنه علاقتين قانونيتين، تجمع العلاقة الأولى بين صاحب المشروع والمقاول الأصلي في إطار عقد المقاوله، أما العلاقة الثانية، فهي

---

<sup>31</sup>- عدل المشرع الفرنسي القانون رقم 75-1334 والمتعلق بالتعاقد الفرعي بموجب عدة نصوص تشريعية، من أهمها: القانون رقم 98-69 المؤرخ في 6 فيفري 1998، القانون رقم 2001-1168 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001 والأمر رقم 2010-1307 المؤرخ في 28 أكتوبر 2010.

<sup>32</sup> - Art. 1<sup>er</sup>, L. n° 75-1334, préc.

<sup>33</sup> - R. BONHOMME, *Sous-contrat et co-contrat, Adjonction et conjonction de contractants*, Juris-cl. Cont. distr. 2004, fasc. 105, n° 5, p. 3 : « *Le sous-contrat est un contrat secondaire conclu avec un tiers par l'un des contractants à un contrat principal et destiné à l'exécution de celui-ci* » ; B. SABLIER, J.-E. CARO et S. ABBATUCCI, *La sous-traitance dans la construction, Loi du 31 décembre 1975 : analyse et commentaires, Pratique des contrats de sous-traitance, Modèles de lettres et actes types*, Le moniteur, 6<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 40 : « *Le contrat de sous-traitance ou sous-traité est le contrat conclu entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant. Il s'agit également d'un contrat d'entreprise, mais qui trouve son objet dans une autre convention située en amont, le contrat principal, qui est soit un contrat d'entreprise de droit privé, soit un contrat d'entreprise de droit public* » et P. BOUDRAND et C. FARNOUX, *Marchés de travaux et contrats de sous-traitance : La réclamation*, 2<sup>ème</sup> ed., Le Moniteur, Paris, 2007, p. 299.

تجمع بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي بموجب عقد المقاولة من الباطن. وبإمكان المقاول من الباطن التعاقد مع مقاول من الباطن آخر، مادام لا يوجد نص قانوني مانع، بشرط عدم وجود شرط مانع في عقد المقاولة من الباطن، ولا تستلزم طبيعة المعاملة تنفيذها شخصيا من المقاول الفرعي، فيصبح المقاول من الباطن الأول في وضعية المقاول الأصلي في العلاقة القانونية الثالثة. وهكذا قد تتعدد العقود من الباطن، لاسيما في مشاريع البناء الضخمة، فيتحقق ما يسمى بالسلسلة العقدية (Une chaine de contrats)، بحيث يكون الطرف الثاني في كل عقد، الطرف الأول في العقد اللاحق. بيد أنه، في جميع الحالات، يبقى المقاول الأصلي مسؤولا تجاه صاحب المشروع عن الإنجاز الكلي لعقد المقاولة بغض النظر عن تنفيذ أم عدم تنفيذ المقاول الفرعي للمعاملة أو الصفقة، سواء كان التنفيذ كليا أو جزئيا<sup>34</sup>.

وبذلك، وبناء على المعطيات المتقدمة، يمكن تعريف المقاولة من الباطن بأنها "العقد الذي يتفق بمقتضاه مقاول يعرف بالمقاول الأصلي، في إطار تنفيذه لعقد المقاولة الذي يربطه بصاحب المشروع، وتحت مسؤوليته، مع مقاول آخر يعرف بالمقاول الفرعي بإنجاز كل أعمال البناء موضوع المشروع أو بعضها، مقابل أجر يتفقان عليه، دون أن تنشأ بينهما علاقة تبعية، إذ يتصرف المقاول الفرعي باستقلالية عن المقاول الأصلي". ويقصد بالمقاول الفرعي ذلك الشخص الذي يعهد إليه المقاول الأصلي بتنفيذ كل أو جزء من الصفقة التي أبرمها هذا الأخير مع رب العمل، وذلك بمقتضى عقد المقاولة من الباطن، وهو عقد يجب أن تتوفر فيه كافة خصائص عقد المقاولة<sup>35</sup>. وهو المتعهد الذي يلتزم ببعض الأعمال التي التزم بها المقاول الرئيسي تجاه صاحب العمل، و يكون في هذه الحالة مسؤولا عن حسن تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها والتي التزم بتنفيذها تجاه المقاول الرئيسي مسؤولية تضامنية مع

<sup>34</sup> - J.-P. BABANDO, *La sous-traitance dans la construction, marchés publics, marchés privés*, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 2005, n<sup>os</sup> 3 et s., p. 2; D. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, n<sup>o</sup> 815, p. 458 et A. BENABENT, (mis à jour par L. JOBERT), *Sous-traitance, Sous-traitance des marchés des personnes privées*, Juris-cl. Cont. distr. 2013, fasc. 1450, n<sup>o</sup> 37, p. 17.

<sup>35</sup> - البكري محمد عزمي، موسوعة شرح القانون المدني الجديد، العقود المدنية الصغيرة، عقد المقاولة، المجلد الثالث، دار محمود للنشر والتوزيع، 2003، بند 142، ص. 328.

المقاول الأخير»<sup>36</sup>. ومن تم، فإنّ عقد المقاولة من الباطن يجمع بين مهنيين مختصين يتقاسمان المعارف التقنية والفنية في مجال البناء، على خلاف علاقة صاحب المشروع بالمقاول الأصلي، غير المتكافئة، بسبب انعدام الخبرة لدى صاحب المشروع أو نقصها، أحياناً.

وتجدر الإشارة إلى تمييز الفقه الفرنسي بين نظامين من المقاولة الفرعية، يتعلق النظام الأول بالمقاولة من الباطن الصناعية (*la sous-traitance industrielle*)، هي العملية التي تتم بين شخصين في علاقة واحدة، الصانع، من جهة، وهو مصدر الأمر (*Le donneur d'ordre*) في عقد المقاولة من الباطن، والمقاول الفرعي، من جهة أخرى، الذي يتعهد باقتناء أو صناعة قطع غيار لمصلحة الصانع أو تقديم خدمات له. أمّا النظام الثاني، فيتعلق بالمقاولة من الباطن للصفقة (*La sous-traitance de marché*) وهي تجمع بين ثلاثة أشخاص في علاقتين، تتم العلاقة الأولى بين صاحب المشروع - وهو بمثابة مصدر الأمر في المقاولة من الباطن الصناعية - والمقاول الأصلي (*L'entrepreneur principal*). في حين تتم العلاقة الثانية بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، من أجل تنفيذ جزء من عقد المقاولة الأصلي الذي يتمثل في مشروع البناء<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> - جعلوك محمد علي عارف، أعمال المقاولات، إدارة المشروعات وتنفيذ العقود، الطبعة الأولى، دار الراتب الجامعية، بيروت، 1999، ص. 70.

<sup>37</sup> - J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LECUYER et J.-M. MAROGER, *Les principaux cotrats spéciaux*, L.G.D.J., 37<sup>ème</sup> éd., 2012, n° 32323, p. 1373 : « *La sous-traitance industrielle consiste pour une entreprise à faire appel à d'autres pour lui assurer la fabrication de pièces ou de produits: souvent, les contrats passés à cette fin sont des ventes. On appelle sous-traitance de marché le fait pour un entrepreneur de faire exécuter par un autre un travail qu'il a pris en charge en s'engageant dans un louage d'ouvrage, ou contrat d'entreprise...* ».

V. aussi, D. LEGEASIS, *Sous- traitance*, Juris-cl. Com. 1990, fasc. 244, n° 1, p. 2: « *Lorsqu'il y a sous-traitance industrielle, l'opération fait intervenir deux personnes, le donneur d'ordres et le sous-traitant. Le sous-traitant fabrique alors pour le compte d'un industriel. Lorsqu'il y a sous-traitance de marché, l'opération fait intervenir trois personnes, un donneur d'ordre, un entrepreneur principal et le sous-traitant, qui intervient pour exécuter une partie du contrat principal. Cette sous-traitance intervient principalement dans le domaine de la constuction* » et G. VALENTIN, *Les contrats de sous-traitance*, Litec, éd. 1979, n° 10, p. 12.

وبمعنى آخر، فإنّ المقاولات من الباطن الصناعية هي ظاهرة اقتصادية تهدف إلى تجميع عدة مؤسسات تتميز بتخصصها في مجال تقني محدد، من أجل تكليفها بإنجاز جزء من مشروع صناعي متعدد التقنيات. وهي كذلك، نشاط يرتكز على صنع منتج محدد أو تقديم خدمة، وفقا للمواصفات التقنية وكيفيات التسلم التي يحددها مصدر الأمر تبعا للنتيجة الصناعية التي يسعى إليها. وهكذا يصنع منتجا للسيارات، مثلا، العديد من قطع الغيار عن طريق التعاقد من الباطن مع مقاولات فرعية. ومن ثم، تتحول المقاولات من الباطن الصناعية من عملية اقتصادية إلى عملية قانونية، عندما تنفذ عن طريق عدة تعاقدات فرعية غير منظمة، لأنها قابلة لاتخاذ عدة أوصاف قانونية متغيرة (كالبيع، الإيجار، المقاول، الوكالة، الشركة...)، بهدف الحصول على أشياء متنوعة، مثل الآلات والمعدات، اليد العاملة، خدمات خارج النشاط الاقتصادي للصانع كالإيواء وإطعام العمال إلى غير ذلك من حاجيات المؤسسة الصناعية<sup>38</sup>.

كما تتميز المقاولات من الباطن للصفقة عن المقاولات من الباطن الصناعية، من الناحية العملية، في تنفيذ الأولى داخل المشروع، أي في ورشة البناء، حيث يمارس المقاول من الباطن أعماله لإتمام الصفقة التي تعهد بها المقاول الأصلي لمصلحة صاحب المشروع. أما المقاولات من الباطن الصناعية، فهي تتم خارج ميدان نشاط مصدر الأمر، أي في مؤسسة المقاول من الباطن، ولكن يبقى مصدر الأمر المسؤول الوحيد عن تسويق المنتج النهائي بما في ذلك الأجزاء المصنوعة من طرف المقاول الفرعي، ويتحمل مسؤولية خدمات ما بعد البيع<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup>- ج. ريبير، ر. روللو ولويس فوجال، المطول في القانون التجاري، التجار - محاكم التجارة - الملكية الصناعية - المنافسة، الجزء الأول، المجلد الأول، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2007، 142، 155.

V. aussi, B. BOUBLI, *Contrat d'entreprise*, Encyc. Dalloz, civ. IV, 2010 (mise à jour 2014), n° 288, p. 67.

<sup>39</sup> -V. H. LECUYER, S. DANNA, G. LESAGE et C.-T. BASTIDE, (Dict. perm. dr. aff.), *Sous-traitance*, 2012, n° 1, p. 2817: « le donneur d'ordre est le seul responsable de l'organisation de la commercialisation final éventuelle du produit, et assume la responsabilité du service après vente du produit final ».

وبعد تعريف عقد المقاولة من الباطن، قانونا وفقها، يقتضي الأمر تبيان خصائص هذا العقد.

### الفرع الثاني: خصائص عقد المقاولة من الباطن

تعد المقاولة من الباطن عقدا يستند في وجوده ومدته إلى عقد المقاولة الأصلي، فيستحيل وجود المقاولة الفرعية في انعدام المقاولة الأصلية. وعقد المقاولة من الباطن يتفرع عن عقد المقاولة الأصلية، والذي يعرف بعقد المقاولة. وبذلك فعقد المقاولة هو الأصل وعقد المقاولة من الباطن هو الفرع. وتطبيقا للقاعدة الفقهية المأثورة "الفرع يتبع الأصل" فإن عقد المقاولة من الباطن يتبع عقد المقاولة في خصوصياته وطبيعته، وبالتالي يأخذ ذات الخصائص التي يتميز بها عقد المقاولة، وهي تتمثل لاسيما في ما يلي:

#### أولا: عقد المقاولة من الباطن عقدا رضائيا

يعرّف الفقه<sup>40</sup> العقد الرضائي بأنه العقد الذي يكفي لانعقاده تراضي طرفيه، أي ينشأ بمجرد تطابق إرادتهما، أي كانت وسيلة التعبير كتابة أو شفاهة أو إشارة<sup>41</sup>. فالرضائية في

---

<sup>40</sup>- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السالف الذكر، بند 22، ص. 45 وما يليها: " إذ يميز بين مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية الذي لا يتصل إلا بطريقة تكوين العقد، ولا علاقة له بتحديد مضمونه، والمقصود منه أن التراضي وحده كاف لإبرام العقد. أما مبدأ سلطان الإرادة فيعني أن الإرادة هي التي تنشئ العقد وتحدد أثره، ثم يأتي القانون بعد ذلك لتحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة ".  
<sup>41</sup>

القانون المدني الجزائري هي القاعدة العامة وهذا طبقا لما جاء به نص المادة 59 من القانون المذكور التي تنص على ما يلي " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". ويقصد بعبارة " دون الإخلال بالنصوص القانونية " إمكانية اشتراط المشرع شروطا أخرى تضاف لشرط تطابق الإرادتين لانعقاد العقد. والمقصود بالتحديد شكلية يفرضها القانون لإتمام العقد صحيحا، وهو ما يعرف بالعقد الشكلي، إذ بتخلف الشكلية يعد العقد باطلا ولا يترتب أثرا بالرغم من توافر رضا أطرافه.

ويعد عقد المقاولة من العقود الرضائية التي يكفي فيها توافق إرادة صاحب المشروع مع إرادة المقاول، إذ لم يشترط المشرع شكلية لإتمام العقد<sup>42</sup>. ولكن نظرا لأهمية تكاليفه قد يتفق المتعاقدان على إخضاعه لشكل معين. وبالتالي لا ضرورة للكتابة إلا لإثبات المقاولة وشروطها لحل المنازعات التي قد تتجم بين أطرافها، فليست الكتابة شرطا لإنشائها، خلافا للصفقات العمومية التي اشترط المشرع انعقادها كتابة<sup>43</sup>.

غير أن الإشكال يطرح بخصوص العقد الفرعي المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، فهل يعد عقد المقاولة الفرعية من العقود الرضائية التي يكفي لانعقادها توافق إرادة أطرافها أم من العقود الشكلية، التي لا تتم إلا بتوافر الشكليات المشترطة قانونا ؟

---

أنظر أيضا في هذا الموضوع، محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2004، بند 39، ص. 55 وما يليها.

<sup>41</sup>- المادة 60 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

<sup>42</sup>- بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة، دراسة تحليلية ونقدية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2008، ص. 96.

<sup>43</sup>- المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالفة الذكر.

يعد العقد الفرعي المبرم بين المقاول من الباطن والمقاول الأصلي في إطار الصفقات الخاصة عقدا رضائيا، لم يخضعه المشرع لشكليات معينة، على غرار عقد المقاولة الأصلي<sup>44</sup>. وبالنسبة للتعاقد الفرعي في الصفقات العمومية، وإن لم يصرح المشرع بشرط الكتابة، فإنه يفهم ضمنا من فحوى الأحكام التنظيمية أنّ العقد الفرعي في الصفقات العمومية يجب أن يكون مكتوبا. وهذا راجع لإلزام المشرع المتعامل المتعاقد بتسليم نسخة من عقد المناولة وجوبا للمصلحة المتعاقدة<sup>45</sup>. كما ألزم بتضمين العقد الفرعي مجموعة من البيانات المحددة<sup>46</sup>، مما يستلزم كتابة عقد المقاولة الفرعية في مجال الصفقات.

وبالرغم من عدم اشتراط المشرع شكليات خاصة لإبرام عقد المقاولة من الباطن، فقد أخضعه لشروط سابقة لإبرامه، يتمثل الشرط الأول في ضرورة وجود عقد مقاولة أصلي يتفرع عنه عقد المقاولة من الباطن. أما الشرط الثاني، فيتعلق بانعدام بند في عقد المقاولة الأصلي يمنع اللجوء إلى التعاقد الفرعي. ويشترط كذلك عدم فرض طبيعة العمل كفاءات شخصية في المقاول، هذا بالنسبة للتعاقد الفرعي في المشاريع الخاصة<sup>47</sup>.

أما التعاقد من الباطن في الصفقات العمومية، وإضافة إلى اشتراط المشرع تحديد مجال تدخل المقاول الفرعي في الصفقة وفي دفتر الشروط، فقد فرض موافقة المصلحة

---

<sup>44</sup>- المادتين 549 و 564 ق.م.ج.

<sup>45</sup>- المادة 143 البند 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، التي تنص على أنه: "تسلم وجوبا نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة من طرف المتعامل المتعاقد".

<sup>46</sup>- المادة 144 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والتي تنص على ما يلي: "يجب أن يحتوي عقد المناولة، وجوبا، على المعلومات الآتية: -إسم ولقب وجنسية الشخص الذي يلزم مؤسسة المناولة، - اسم ومقر مؤسسة المناولة، عند الاقتضاء، - موضوع ومبلغ الخدمات محل المناولة، - الأجل والجدول الزمني لإنجاز الخدمات محل مناولة وكيفية تطبيق العقوبات المالية، عند الاقتضاء، - طبيعة الأسعار وكيفية الدفع وتعيين الأسعار ومراجعتها، عند الاقتضاء، - كيفية استلام الخدمات، - تقديم الكفالات والمسؤوليات والتأمينات، - تسوية النزاعات".

<sup>47</sup>- المادة 564 الفقرة الأولى ق.م.ج. "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضى الاعتماد على كفاءته الشخصية".

المتعاقدة بصفتها صاحبة المشروع على اختيار المناول، وكذا الموافقة على شروط دفع أجره<sup>48</sup>. فلا يكفي انعدام شرط في الصفقة يمنع التعاقد من الباطن، وإنما يشترط وجوب الموافقة الصريحة للمصلحة صاحبة المشروع، حتى يتمكن المقاول الأصلي من اللجوء إلى التعامل الثانوي في إنجاز الجزء المخصص من الصفقة، والذي لا يمكن أن يتجاوز نسبة 40 من المبلغ الإجمالي للصفقة. كما يلتزم المناول إعلان تواجده للمصلحة المتعاقدة وفي حالة عدم الإعلان تعذر المصلحة المتعامل المتعاقد لتدارك الوضع في أجل ثمانية أيام<sup>49</sup>.

ويلاحظ سواء بالنسبة للصفقة الخاصة أو الصفقة العامة، تعلق الأمر بإرادة صاحب المشروع في قبول التعاقد من الباطن، بطريقة مباشرة في الصفقات العمومية بموافقته الصريحة، وبطريقة غير مباشرة في الصفقات الخاصة بمنعه المقاول الأصلي من اللجوء إلى المقاول من الباطن في إنجاز المشروع ببند يضمنه العقد، مما يحول دون التعاقد من الباطن، إلا بتعديل عقد المقاول الأصلي والرجوع عن الشرط المانع. وفي اشتراط مثل هذا الشرط في عقد المقاول الأصلي تقييدا لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد الذي يقوم عليه العقد، لأن المنع مفروضا من صاحب المشروع الذي لا يعد طرفا في عقد المقاول من الباطن المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي؛ غير أنه يمكن تبرير الشرط المانع بقصد صاحب المشروع إلى حماية مصلحته، متى قدر ضرورة إنجاز المقاول العمل شخصيا دون الاستعانة بمقاولين فرعيين.

وبالتالي، وفي حالة انتفاء الشرط المانع اللجوء إلى التعاقد الفرعي، لا يحق لصاحب المشروع رفض المقاول من الباطن، وإلا اعتبر عدم قبوله التعاقد الفرعي تعسفا في استعمال الحق. وبإمكان المقاول الأصلي، في هذه الحالة، التعاقد من الباطن بالرغم من عدم قبول صاحب المشروع<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> - المادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

<sup>49</sup> - المادتين 140 و141 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

<sup>50</sup> - D. LEGAIS, *op. cit.*, n° 9, p. 3 : « Le refus par le maître de l'ouvrage d'agrèer le sous-traitant ne saurait être totalement discrétionnaire. Dans la mesure où le recours à la sous-traitance est autorisé,

## ثانياً: عقد المقاولة من الباطن من العقود الملزمة للجانبين

يعد عقد المقاولة الفرعي على غرار عقد المقاولة الأصلي، من العقود الملزمة للجانبين. ويقصد بهذه الأخيرة، العقود التي تنشأ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، فيعتبر كل متعاقد بموجبه دائناً ومديناً في آن واحد، فيكون محل التزام أحد الطرفين سبباً لالتزام الطرف الآخر، ومحل التزام هذا الأخير سبباً لالتزام الطرف الأول<sup>51</sup>. ولذلك اعتبر المشرع العقد ملزماً لطرفيه متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضاً<sup>52</sup>.

وبموجب عقد المقاولة من الباطن، يلتزم المقاول الفرعي بأداء العمل المتفق عليه، والذي يتمثل في إنجاز الأعمال محل التعاقد وتسليمها في الوقت المحدد حسب الاتفاق. وبالمقابل، يلتزم الطرف الثاني للعقد، وهو المقاول الأصلي، بتمكين المقاول الفرعي من إنجاز العمل محل الاتفاق، بتقديم كل ما يلزمه لذلك. ولعل أهم التزام يلتزم به المقاول الأصلي، هو الالتزام بدفع الأجر للمقاول الفرعي متى أنجز الأعمال المتفق عليها. ومن هنا يظهر التزام المقاول الفرعي بأداء العمل هو سبب التزام المقاول الأصلي بدفع الأجر المستحق له فكان العقد ملزماً للجانبين<sup>53</sup>.

## ثالثاً: عقد المقاولة من الباطن من عقود المعاوضة

---

*le maître de l'ouvrage ne peut refuser son agrément sans motifs. Le refus d'agrément ne saurait non plus être systématique. Si tel était le cas, la théorie de l'abus de droit pourrait être appliquée ».*

<sup>51</sup>- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السالف الذكر، بند 25، ص. 48 ومحمد صبري السعدي، المرجع السالف الذكر، بند 44، ص. 60.

<sup>52</sup>- المادة 55 ق. م. ج.

<sup>53</sup>- أنظر أدناه الفصل المتعلق بالالتزامات الناشئة عن التعاقد الفرعي في مقاولات البناء.

يعرف المشرع عقد المعاوضة " هو ذلك العقد الذي يلزم كل واحد من طرفيه بإعطاء، أو فعل شيء ما"<sup>54</sup>، وبموجبه يحصل كل متعاقد على مقابل لما التزم به. وبذلك، فإنّ عقد المعاوضة هو عكس عقد التبرع، ويقصد بهذا الأخير العقد الذي لا يحصل فيه أحد المتعاقدين على مقابل لما يقدمه، ولا يقدم المتعاقد الآخر مقابلا لما يحصل عليه<sup>55</sup>.

وبالرجوع إلى تعريف المادة 549 من القانون المدني للمقابلة بنصها " المقابلة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". فلا شك في أن عقد المقابلة من عقود المعاوضة، لأن صاحب المشروع يدفع الأجر للمقابل مقابل ما حصل عليه من العمل الذي أداه هذا الأخير. ويحصل المقابل على الأجر مقابل ما أداه من عمل. وعلى غرار عقد المقابلة الأصلي، فإن عقد المقابلة الفرعي، من عقود المعاوضة، باعتبار التزام المقابل الأصلي بأداء الأجر للمقابل الفرعي هو مقابل لما حصل عليه من أعمال، وما التزم به المقابل الفرعي من أداء عمل هو مقابل لما حصل عليه من أجر.

ولا تعد خاصية المعاوضة تكرارا لخاصية الإلزام للجانبين، لأنه وإن كانت كل عقود المعاوضة هي في الوقت ذاته عقودا ملزمة للجانبين، فليس كل العقود الملزمة للجانبين هي عقود معاوضة. ويرجع السبب في هذا إلى وجود عقود تبرع ملزمة للجانبين، وأهم مثل يضرب عليها، عقد الهبة بعوض، فهذا العقد لا شك في أنه عقدا ملزما للجانبين، لأن الموهوب له يلتزم بتقديم مقابل عما وهب له. غير أن هذا المقابل لا يعادل في قيمته ما تحصل عليه من الهبة، مما يبقيه في دائرة عقود التبرع، ولا يصل إلى درجة عقود المعاوضة وإن كان ملزما للمتعاقدين معا. والمقصود من هذا التمييز أن عقد المقابلة الفرعي على غرار

---

<sup>54</sup> - المادة 58 ق. م. ج.

<sup>55</sup> - علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، بند 19، ص. 18 وبلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السالف الذكر، بند 26، ص. 49.

عقد المقاولة الأصلي، ليس من عقود التبرع بل هو عقد معاوضة، وإن التزم المقاول الفرعي مجاناً أو بعوض غير معادل لما قدمه من عمل، فلا يخضع لأحكام عقد المقاولة ولا تطبق قواعد الضمان والمسؤولية الخاصة به، ولذلك كان تحديد الأجر شرطاً من شروط اعتبار التعامل عقد المقاولة أو عقد مقاولة فرعي.

#### رابعاً: عقد المقاولة من الباطن من العقود المهنية

يجمع عقد المقاولة من الباطن بين مقاول فرعي ومقاول أصلي، وكليهما يتصف بصفة المقاول، فيكون أصلياً إذا تعاقد مباشرة مع صاحب المشروع، ويكون فرعياً، إذا تعاقد مع المقاول الأصلي. وقد أورد المشرع تعريفاً للمقاول فاعتبره "كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري بعنوان نشاط أشغال البناء بصفته حرفياً أو مؤسسة تملك المؤهلات المهنية"<sup>56</sup>. ويستخلص من هذا التعريف أن المقاول هو الشخص الذي يقوم بأشغال البناء، أي أعمال التهيئة والهدم والحفر والتشييد والترميم والتسقيف وأعمال الفن والتحسين والتجهيز وغيرها. ولا شك في أن هذه الأعمال لا يمكن القيام بها إلا شخصاً مهنياً. ولذلك كان المقاول الفرعي مثل المقاول الأصلي شخصاً مهنياً سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً.

وباعتبار أشغال البناء هي محل عقد المقاولة الأصلي والفرعي وهي الأداة لتحقيق الغرض المتفق عليه في العقد، يؤديها المقاول بصفته مهنياً مؤهلاً لذلك، كان عقد المقاولة عامة وعقد المقاولة من الباطن خاصة عقداً مهنياً. وقد اعتبر جانب من الفقه مقاول البناء من أصحاب المهن الحرة تخضع لقواعد القانون المدني ولأحكام الخاصة<sup>57</sup>.

ويظهر الطابع المهني لعقد المقاولة على الخصوص في الصفقات العمومية، إذ يشترط على المقاول تقديم كل الوثائق التي تثبت تأهيله، فيلتزم بتقديم شهادة التأهيل

<sup>56</sup> - المادة 3 من القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، السالف الذكر.

<sup>57</sup> - هاشم علي الشهبان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص. 35.

والتصنيف وشهادة الجودة وكذا الاعتماد ضمن ملف العرض التقني لاكتتاب في صفقات الأشغال، وهي الشهادات التي تثبت مهنية المقاول<sup>58</sup>. وينطبق هذا الأمر في مجال الصفقات العمومية سواء بالنسبة للمقاول الأصلي الذي يسمى " *بالمعامل المتعاقد* " أو المقاول الفرعي الذي سمي " *بالمناول* ". ولذلك، اشترط تشريع الصفقات العمومية موافقة المصلحة المتعاقدة على المقاول الفرعي مسبقاً، بعد التأكد من مؤهلاته ومواصفاته المهنية وقدراته التقنية والمالية<sup>59</sup>.

ويترتب على كون هذا العقد عقداً مهنيًا أن المقاول الفرعي يمارس مهنته على وجه الاستقلال، فلا وجود للتبعية في علاقة المقاول الفرعي بالمقاول الأصلي، أي لا يتبع الأول للثاني ولا يخضع في تنفيذه لعقد المقاولة من الباطن لسلطة أمر وتوجيه المقاول الأصلي<sup>60</sup>. بيد أن المقاول الأصلي يبقى مسؤولاً تجاه صاحب المشروع عن أعمال المقاول الفرعي<sup>61</sup>.

وهذا سبب انتفاء رابطة تعاقدية بين المقاول الفرعي وصاحب المشروع<sup>62</sup>. فمشروع البناء يتضمن عقدين، عقد يجمع بين صاحب المشروع والمقاول الأصلي وهو "عقد المقاولة الأصلي" وعقد ثانٍ يربط بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي وهو "عقد المقاولة من الباطن"<sup>63</sup>.

---

<sup>58</sup>- المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر. وفي هذا الشأن أنظر المرسوم التنفيذي رقم 14-139 المؤرخ في 20 أبريل 2014 الذي يوجب على المؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين، ج. ر. 7 مايو 2014، العدد 26، ص. 6.

<sup>59</sup>- المادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

<sup>60</sup> - B. KOHL et M. VANWYCH-ALEXANDRE, *op. cit.*, p. 28.

<sup>61</sup>- الفقرة 2 من المادة 564 ق. م. ج. وبالنسبة للتعاقد الفرعي ضمن الصفقات العمومية، المادة 141 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

<sup>62</sup> - F. BALAN, *Relation entre maître de l'ouvrage et sous-traitant: Aperçu synthétique*, Séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002, *La sous-traitance*, éd. BRUYLANT, Bruxelles, 2003, p. 192.

<sup>63</sup> - J.-P. BABANDO, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 4 et s., pp. 2 et s. et A. BENABENT, *op. cit.* n<sup>o</sup> 14, p. 9.

وتجدر الإشارة، إلى التفرقة بين المقاول والمرقي العقاري، إذ يعد الأول شخص مهني مؤهل لأداء نشاط أشغال البناء، كما سبق ذكره. أما المرقي العقاري، فهو مهني يتمثل نشاطه في بناء مشاريع جديدة أو ترميم وإعادة تأهيل بنايات قديمة والشبكات قصد بيعها أو تأجيرها<sup>64</sup>. وبذلك، قد يكون المقاول مرقي عقاري متى سمح له ببيع أو تأجير ما أنجزه.

### خامسا: عقد المقاولة الفرعية من عقود الاعتبار الشخصي

يقصد بعقود الاعتبار الشخصي تلك العقود التي تكون فيها شخصية أحد المتعاقدين محل اعتبار خاص عند المتعاقد الآخر. ويعتبر عقد مقاوله البناء من العقود التي تبرم بالنظر إلى شخصية المقاول، إذ تعد هذه الأخيرة سببا لاختيار صاحب المشروع لمقاول محدد دون غيره من المقاولين.

بالتالي، يطرح التساؤل في هذا الشأن، عن مدى صلاحية إبرام عقد المقاولة من الباطن مع مقاول فرعي، في ظل الاعتبار الشخصي لعقد المقاولة، أي هل يمكن للمقاول الأصلي أن يوكل غيره لتنفيذ المشروع عن طريق التعاقد من الباطن؟

لقد انقسم الفقه الفرنسي بهذا الخصوص إلى اتجاهين، ذكرهما جانب من الفقه المصري<sup>65</sup>، حيث يرى الفقيه " *Le tourneau* " أن العبرة من التعاقد الفرعي هو الهدف الذي يسعى إليه المقاول الأصلي، فجميع العقود القائمة على الاعتبار الشخصي يضع فيها الدائن ثقته في المدين. فإذا كان يسعى بهذه الثقة إلى الحصول على تنفيذ تام للعقد فإن المنفذ في هذه الحالة يمكن إبداله بغيره. أما إذا كان هدف الدائن هو الحصول على التنفيذ من المدين نفسه، فلا يمكن في هذه الحالة إحلال المدين أو تبديله. أما الاتجاه الثاني فيرجع للأستاذ "

<sup>64</sup> - المادة 3 من القانون رقم 11-04، السالف الذكر.

<sup>65</sup> - سامي محمد، الأسس القانونية لعقود الإيجار، عقد الإيجار الأصلي والتعاقد من الباطن، دار الكتاب الحديث، 2009، ص. 138.

*Néret*، فيرى أنّ عقود الاعتبار الشخصي لا ترفض فكرة التعاقد الفرعي، لأنّ الاعتبار الشخصي مقرر أصلاً لمصلحة صاحب المشروع، وله أن يقبل التنفيذ من غير المدين - المقاول - شريطة الحصول على تصريح منه.

ويترتب على كون أنّ هذا العقد من عقود الاعتبار الشخصي فإنّه في حالة وفاة المقاول أو فقدانه لأهليته، فإنّ العقد المبرم بينه وبين صاحب المشروع يفسخ بقوة القانون ولا ينتقل التزام تنفيذه إلى الورثة حتى لو كان هؤلاء يمارسون نفس المهنة. أما إذا رغب صاحب المشروع بأن يستمر العمل فيجب عليه أن يبرم عقداً جديداً معهم<sup>66</sup>.

بالرجوع إلى الأحكام القانونية، نلاحظ أنّ المشرع الجزائري<sup>67</sup> أجاز للمقاول أن يوكل غيره لتنفيذ المشروع، بشرط عدم تعلق طبيعة العمل المراد انجازه على كفاءات المقاول الشخصية، بمعنى آخر، فالأصل جواز اللجوء إلى انجاز المشروع عن طريق التعاقد من الباطن مع مقاول فرعي. والاستثناء عدم جواز ذلك، متى وجد بند في عقد المقاولة يمنع التعاقد الفرعي أو ارتباط تنفيذ الأشغال بكفاءات شخصية للمقاول. وفيما عدا هاذين الاستثناءين، يبقى اللجوء إلى التعاقد من الباطن مع مقاول فرعي لتنفيذ المشروع محل عقد المقاولة جائز. ويقصد بالمؤهلات الشخصية كل صفات المقاول التي تؤثر على حسن تنفيذ العمل. فيندرج في المؤهلات الشخصية سمعة المقاول وشهرته، وكذا كفاءاته المهنية والمالية وتخصصه في المشروع المراد انجازه<sup>68</sup>.

ولا يعني جواز لجوء المقاول الأصلي إلى المقاولة من الباطن، التعاقد مع أي شخص آخر، بل حتى مع عدم وجود شرط مانع للتعاقد الفرعي وعدم تعلق طبيعة العمل بشخصية المقاول، فإنّ المقاول الأصلي يلجأ إلى التعاقد الفرعي لما يتمتع به المقاول الفرعي من

<sup>66</sup> - هاشم علي الشهبان، المرجع السالف الذكر، ص. 41.

<sup>67</sup> - المادة 564 ق. م. ج. السالفة الذكر.

<sup>68</sup> - حمادي جازية مجيدة، عقد مقاولة البناء في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2002-2003، ص. 73.

كفاءات مهنية وفنية شخصية، لأن المقاول الأصلي يبقى دائما مسؤولا عن انجاز المقاول الفرعي تجاه صاحب المشروع<sup>69</sup>. وبذلك، ينتقل الاعتبار الشخصي من عقد المقاولة الأصلي إلى عقد المقاولة الفرعي، تطبيقا لقاعدة الفرع يتبع الأصل في خصوصياته. فلا يحق للمقاول الفرعي التعاقد مع مقاول فرعي آخر، إلا إذا أجاز ذلك المقاول الأصلي، لتعلق هذا التعاقد بالاعتبار الشخصي للمقاول الفرعي<sup>70</sup>. ومع غياب حكم خاص بالمقاولة الفرعية، فيطبق الحكم العام المتعلق بالتنفيذ العيني للالتزام. ففي الالتزام بعمل، يمنع على المدين الأصلي أن يوكل التنفيذ إلى غيره، متى وجد اتفاق صريح بهذا المنع أو استوجبت طبيعة الالتزام التنفيذ الشخصي من الدائن، وعليه أجاز المشرع لهذا الأخير رفض التنفيذ من غير المدين الأصلي<sup>71</sup>.

وفي مجال الصفقات العمومية، فإن الطابع الشخصي للتعاقد الفرعي يظهر جليا، من خلال اشتراط المشرع الموافقة الصريحة المسبقة للمصلحة المتعاقدة على التعاقد الفرعي، بعد تأكدها من المؤهلات والمواصفات المهنية للمقاول الفرعي ووسائله البشرية والمادية ومدى تطابقها مع الأشغال محل التعاقد من الباطن، فيمنع على المقاول الفرعي تسليم انجاز الأشغال المكلف بها لمقاول فرعي آخر، وهذا تحت مسؤولية المقاول الأصلي<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup>- الفقرة الثانية من المادة 564 ق. م. ج. السالفة الذكر.

<sup>70</sup> - J.-P. KARILA, *Les responsabilités des constructeurs*, Delmas, 2<sup>ème</sup> éd., 1991, p. 69 ; A. BENABENT, *op. cit.* n° 40, p. 11 et J.-P. BABANDO, *op. cit.* n° 56, p. 20.

<sup>71</sup>- المادة 169 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: " في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق، أو استوجب طبيعة الدين (الأصح الالتزام) أن ينفذ المدين بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء (الأصح التنفيذ) من غير المدين".

Concernant le droit français, v. art. 1237 C. civ. : « l'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers, contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même ».

<sup>72</sup>- المادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالفة الذكر.

### الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لعقد المقاولة من الباطن

تكمن أهمية تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد عامة، ولعقد المقاولة من الباطن خاصة، في معرفة الأحكام القانونية الواجبة التطبيق ووسائل الإثبات التي يمكن للأطراف اللجوء إليها والجهة القضائية المختصة في النظر في النزاع.

لقد طرح إشكال بخصوص الطبيعة القانونية لعقد المقاولة، وهذا راجع لاختلاف صفة أطرافه، فإذا كانت صفة المقاول ثابتة باعتباره تاجرا، فإن صفة صاحب المشروع تتغير بتغير مركزه القانوني. فإذا كان صاحب المشروع إدارة فإن العقد يأخذ طبيعة العقد الإداري وبالتحديد صفة عمومية<sup>73</sup>، وإذا كان صاحب المشروع شخصا مدنيا فيكون عقد المقاولة من طبيعة مختلطة. ولا يكون عقد المقاولة تجاريا، إلا إذا كان صاحب المشروع تاجرا، باعتبار المقاول هو الآخر تاجرا.

أما عقد المقاولة من الباطن، فغالبا ما يكون طرفيه يتصفان بصفة المقاول. وقد أثير الإشكال فيما يخص تجارية المقاول، فلم يعد تاجرا إلا لأنه يمارس أعمالا تجارية بصفة مستمرة ومنتظمة ويتخذها مهنة معتادة له تطبيقا للمادة الأولى من القانون التجاري<sup>74</sup>. وتتمثل هذه الأعمال في أشغال تمهيد الأرض وحفرها وتهيئتها، والبناء والترميم والتحسين وغيرها. وقد اعتبر المشرع هذه الأعمال أعمالا تجارية حسب موضوعها متى تمت في إطار مقولة<sup>75</sup>. غير أن المشرع حسم صفة تجارية المقاول بإصداره قانون تنظيم نشاط الترقية العقارية، إذ عرفه بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري بعنوان

---

<sup>73</sup> - المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

<sup>74</sup> - المادة الأولى ق. ت. ج. التي تنص على ما يلي: " يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذ مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك".

<sup>75</sup> - البند 5 من المادة 2 ق. ت. ج. التي تنص على أنه: "يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه: - كل مقولة للبناء أو الحفر أو لتمهيد الأرض".

نشاط أشغال البناء بصفته حرفيا أو مؤسسة تملك المؤهلات المهنية<sup>76</sup>. وبذلك، فكل شخص يمارس أشغال البناء يكتسب صفة التاجر بقوة القانون ويلتزم بالقيود في السجل التجاري سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا وسواء كان في أصله حرفي أو مؤسسة مهنية<sup>77</sup>. ومن تم، إذا كان المقاول الأصلي تاجرا والمقاول الفرعي تاجرا، فإن عقد المقاول من الباطن يكون من طبيعة تجارية يخضع لأحكام القانون التجاري، ثم لأحكام القانون المدني وأعراف المهنة في حالة غياب أحكام خاصة. وتطبق طرق الإثبات التجارية التي تستند إلى مبدأ "حرية الإثبات"<sup>78</sup>، وفي حالة وجود اختصاص قضائي تجاري مستقل، فإن المنازعات بين المقاول الفرعي والمقاول الأصلي ينظر فيها القضاء التجاري. وحسب التنظيم القضائي الحالي، فإن القسم التجاري للمحكمة هو المختص في النظر في مثل هذه المنازعات<sup>79</sup>.

وتجدر الإشارة، إلى أن مصطلح المقاول الفرعي، لا يطلق على المقاولين فقط، بل قد يكون أحيانا المقاول الفرعي له صفة الحرفي. فإذا كان هذا الأخير حرفي شخصا طبيعيا أو تعاونية حرفية، فإن صفته تبقى حرفي ولا يعد تاجرا<sup>80</sup>، فيأخذ عقد المقاول الفرعية طبيعة العقد المختلط، يخضع لنظرية الأعمال المختلطة<sup>81</sup>. أما إذا كان الحرفي عبارة عن مقولة

---

<sup>76</sup>- راجع الفقرة 13 من المادة 3 من القانون رقم 11-04، السالف الذكر، والذي ألغى المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في الفاتح من مارس 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري، السالف الذكر، باستثناء مادته 27 المتعلقة بعدم إبطال العقود الإدارية الخاصة بمنح أو تأجير أو بيع الأملاك الشاغرة.

<sup>77</sup>- المادة 19 ق. ت. ج.

<sup>78</sup>- المادة 30 ق. ت. ج.

<sup>79</sup>- المادة 532 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. 23 أبريل 2008، العدد 21، ص. 3 والمادة 13 من القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي، ج. ر. 20 يوليو 2005، العدد 51، ص. 6.

<sup>80</sup>- المادة 5 من الأمر رقم 96-01 المؤرخ في 10 يناير 1996، الذي يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، ج. ر. 14 يناير 1996، العدد 3، ص. 3.

<sup>81</sup>- ف. زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، الأنشطة التجارية المنظمة، السجل التجاري، النشر الثاني، نشر وتوزيع ابن خلدون، وهران، 2003، بند 83، ص. 117. وفريد

حرفية، ففي هذه الحالة يبقى لعقد المقاولة الفرعية الطبيعة التجارية، لأنّ المقاولة الحرفية تعد تاجرا بقوة القانون<sup>82</sup>. ويلجأ المقاول الأصلي للتعاقد من الباطن مع حرفيين من أجل إنجاز بعض الأعمال الحرفية لمصلحة صاحب المشروع تنحصر في الأعمال الفنية من أجل الصيانة والتصليح والترميم والتزيين والتحسين عن طريق الرسم أو النحت أو النجارة وغيرها باعتماد على مؤهلات فنية يدوية لدى الحرفي<sup>83</sup>. أمّا إذا تعلق الأمر بأشغال البناء بمفهومها الواسع، فيلتزم المقاول الأصلي بالتعاقد مع مقاول مقيد بالسجل التجاري كما سبق ذكره.

### المطلب الثاني: التمييز بين عقد المقاولة من الباطن وغيره من العقود والاتفاقيات المشابهة

تكتسب عقود الخدمات أو ما سماها المشرع بالعقود الواردة على العمل أهمية متميزة باعتبارها أهم العقود التي يقوم عليها القطاع الاقتصادي لكل دولة. وهي تشترك في أن محلها يتمثل في الالتزام بتأدية عمل. كما هو الحال في عقود العمل، المقاولة، التسيير، الوكالة، الوديعة والحراسة، أين يلتزم فيها أحد المتعاقدين بالقيام بعمل مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر أو مجانا.

ونظرا لأوجه الخلاف والشبه بين هذه العقود من جهة وعقد المقاولة من الباطن، باعتباره من العقود الواردة على العمل من جهة أخرى، يقتضي الأمر التمييز بينها، من أجل تحديد الطبيعة القانونية لكل تصرف وتحديد الأحكام التشريعية الواجبة التطبيق كما أن تشابه عقد المقاولة من الباطن مع بعض التصرفات كالتنازل عن العقد والعقود المتتابعة والعقود المكتملة وغيرها، يفرض إيجاد معايير تميز عقد المقاولة الفرعية للبناء عن تلك التصرفات.

---

العربي والسيد الفقي، القانون التجاري، الأعمال التجارية، التجار، الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص. 126 وما بعدها.

<sup>82</sup>- المادة 21 من الأمر رقم 96-01، السالف الذكر.

<sup>83</sup>- المادة 6 من الأمر رقم 96-01، المذكور أعلاه.

ويتم ذلك عن طريق دراسة الفرق بين عقد المقاولة من الباطن والعقود الأخرى المستخدمة في إنجاز مشاريع البناء (الفرع الأول)، ثم التمييز بينه وبين التصرفات التعاقدية المشابهة (الفرع الثاني).

## الفرع الأول: التمييز بين عقد المقاولة من الباطن والعقود المستخدمة في إنجاز المشاريع

لقد بينت المادة 549 من القانون المدني الجزائري أنّ محل عقد المقاولة هو التزام المقاول بالقيام بالعمل المتفق عليه، وهذا الالتزام تشترك فيه العقود الأخرى الواردة على العمل، كونها عقود يلتزم فيها أحد أطرافها بأداء عمل معين يكون غالبا مقابل أجر.

ومن الخصوصيات الأساسية لعقد المقاولة، خاصية امتلاك المقاول عدة طرق لتنفيذ التزاماته، فيتعاقد هذا الأخير مع شخص آخر من الباطن وهو المقاول الفرعي من أجل تنفيذ كل الالتزامات الملقاة على عاتقه أو بعضها في إطار عقد المقاولة الفرعية. كما بإمكان المقاول التعاقد مع أشخاص آخرين لتنفيذ تعهدات أخرى ناجمة عن عقد المقاولة في إطار الإنابة أو التوكيل، ولاسيما مع عمال تابعين له بإبرام عقد العمل.

### أولا: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن عقد العمل

سبق الذكر، أن المقاول ومن أجل تنفيذ التزاماته الناجمة عن عقد المقاولة، يبرم عدة عقود في آن واحد من أجل تنفيذ تلك الالتزامات. وأهم عقدين يبرمهما المقاول، عقد المقاولة الفرعية وعقد العمل، فما هو معيار التمييز بينهما ؟

لتبيان الفرق بين العقدين المذكورين، يجب تعريف كل منهما، وتحديد العناصر المميزة لكل واحد منهما.

لقد سبق تعريف عقد المقاولة الفرعية تعريفا تشريعيّا بأنّه "العقد الذي يوكل بموجبه المقاول إلى مقاول فرعي تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في عقد المقاولة أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية، مع بقاءه

مسؤولاً عن المقاولة الفرعية تجاه رب العمل<sup>84</sup>. أما تعريف عقد المقاولة الفرعية فقها، فهو " العقد الذي يتفق بمقتضاه مقاول يعرف بالمقاول الأصلي، في إطار تنفيذه لعقد المقاولة الذي يربطه بصاحب المشروع، وتحت مسؤوليته، مع مقاول آخر يعرف بالمقاول الفرعي بإنجاز كل أعمال البناء موضوع المشروع أو بعضها، مقابل أجر يتفقان عليه، دون أن تنشأ بينهما علاقة تبعية، إذ يتصرف المقاول الفرعي باستقلالية عن المقاول الأصلي<sup>85</sup>."

أما بالنسبة لعقد العمل، فلم يعرفه المشرع الجزائري، واكتفى بتبيان منشأ علاقة العمل، إذ نصت المادة الثامنة من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل<sup>86</sup>، المعدل والمتمم<sup>87</sup>، على أنه " تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي أو غير كتابي وتقوم هذه العلاقة، على أية حال، بمجرد العمل لحساب مستخدم ما وتنشأ عنها حقوق المعنيين وواجباتهم وفق ما يحدده التشريع والتنظيم والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية وعقد العمل". كما نصت المادة التاسعة من القانون المذكور على أنه " يتم عقد العمل حسب الأشكال التي تتفق عليها الأطراف المتعاقدة."

وإذا كان المشرع الجزائري لم يعط تعريفا صريحا لعقد العمل، فقد عرف العامل الأجير بموجب المادة الثانية من نفس القانون بقولها " يعتبر عمالا أجراء، في مفهوم هذا القانون، كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب، في إطار التنظيم، ولحساب شخص آخر، طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص، يدعى المستخدم."

<sup>84</sup>- المادة 564 ق. م. ج. السالفة الذكر.

<sup>85</sup>- راجع أعلاه الفرع المتعلق بتعريف عقد المقاولة من الباطن.

<sup>86</sup>- ج. ر. 2 ماي 1990، العدد 17، ص. 562.

<sup>87</sup>- عدل القانون رقم 90-11، لاسيما بالقانون رقم 91-29 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، بالمرسوم التشريعي رقم 94-03 المؤرخ في 11 أبريل 1994، بالمرسوم التشريعي رقم 94-09 المؤرخ في 26 مايو 1994، بالأمر رقم 96-21 المؤرخ في 9 يوليو 1996 و بالأمر رقم 97-02 والأمر رقم 97-03 المؤرخين في 11 يناير 1997.

عرّف المشرع المغربي عقد العمل الذي يسميه "بإجارة الخدمة أو العمل" في الفقرة الأولى من الفصل 723 من ظهير الالتزامات والعقود بأنه "عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه بأن يقدم للآخر خدماته الشخصية لأجل محدد أو من أجل أداء عمل معين، في نظير أجر يلتزم بهذا الآخر بدفعه له" <sup>88</sup>. ويلاحظ احتفاظ المشرع المغربي بتسمية "إجارة الخدمة" وهي التسمية التي كان يعتمد عليها المشرع الفرنسي قديماً متأثراً بالقانون الروماني <sup>89</sup>. وقد انتشرت حديثاً تسميته بعقد العمل لدى مختلف التشريعات العربية المقارنة <sup>90</sup>.

أما من جانب الفقه، فقد تم تعريف عقد العمل بأنه "اتفاق يضع بموجبه شخص هو الأجير نشاطه المهني تحت تصرف وإشراف شخص آخر هو المستخدم أو رب العمل مقابل عوض"، كما عرّف أيضاً بأنه "عقد يلتزم بمقتضاه العامل بالعمل لصالح صاحب العمل أو المستخدم تحت إشرافه وتوجيهه مقابل أجر محدد ولمدة محددة أو غير محددة" <sup>91</sup>.

ويتبين من التعريفات السابقة الذكر، أن عقد العمل يتكون من عناصر أساسية تتمثل في: العمل، الأجر، التبعية والزمن. أما عناصر عقد المقاولة من الباطن الأساسية فهي: العمل، عقد مقاولة سابق، الأجر والزمن. وبذلك يتضح تخلف عنصر التبعية من عناصر عقد المقاولة من الباطن. فالمقاول الفرعي لا يعمل بتبعية للمقاول الأصلي، بل يؤدي

---

<sup>88</sup>- وفاء فارس، ظهير الالتزامات والعقود وفق آخر التعديلات إلى غاية فاتح دجنبر 2008، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، 2009.

<sup>89</sup>- أنظر في هذا الموضوع، العرعاري عبد القادر، مفهوم عقد المقاولة في القانون المدني، المرجع السالف الذكر، بند 28، ص. 70 وبشير هدي، الوجيز في شرح قانون العمل، علاقات العمل الفردية والجماعية، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، 2009، ص. 55.

<sup>90</sup>- وعرف المشرع المصري عقد العمل بموجب المادة 674 من القانون المدني، والتي توافق المادة 21 من قانون العمل المصري، إذ عرف على أنه: "العقد الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين، بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر". أما المشرع السوري، فقد أورد تعريفا لعقد العمل في المادة 81 من قانون العمل رقم 279 بنصها على أنه: "اتفاق بين رب العمل والعامل، يشتغل بموجبه العامل لصالح صاحب العمل ولو كان بعيداً عن نظارته، لقاء أجر محدد حسب مدة العمل أو حسب مقدار الإنتاج".

<sup>91</sup>- بشير هدي، المرجع السالف الذكر، ص. 57.

التزاماته بكل استقلالية. وبالمقابل فإن العامل يؤدي التزاماته في ظل تبعية قانونية لصاحب العمل، تتمثل في سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه للعامل في أدائه للعمل، ويلتزم هذا الأخير بالطاعة لهذه الأوامر والتعليمات التي يصدرها صاحب العمل، تحقيقاً لعلاقة المتبوع وهو صاحب العمل بالتابع وهو العامل. يتضح من ذلك أن نفس العمل يمكن إنجازه عن طريق شكلين من العقود، عقد العمل الذي يفترض فيه إنجاز عمل مقابل أجر وتحت إشراف المستخدم. أو عقد مقاوله فرعية التي يفترض تنفيذها مقابل أجر ولكن بصفة مستقلة، وفي كلا الحالات يجب تدخل شخص آخر ينفذ العمل لحساب صاحبه.

ويعتمد القضاء الفرنسي حسب ما ذكره جانب من الفقه<sup>92</sup> على بعض المعايير لمعرفة ما إذا كان العقد موضوع النزاع يعتبر عقد مقاوله أو عقد عمل والتي تتمثل في ما يلي:

- إذا كان المتعاقد مسجل في السجل التجاري أو في سجل الحرف.

- فيما إذا كان المتعاقد الفرعي يملك عملاء، أو أن المقاول الأصلي هو مستخدمه الوحيد التابع له.

- إذا كان أجر المتعاقد الفرعي يحدد بناء على أعمال محددة أو جزافياً، أو أن الأجر محدد على أساس الساعة. فطريقة دفع الأجر، تعد من معايير تحديد طبيعة العقد، فإذا كان الأجر يدفع على أساس الساعة أو اليوم أو الأسبوع أو الشهر، كان العقد عقد

---

<sup>92</sup> - P. PUIG, *op. cit.*, n° 786, p. 445 : « Le critère communément admis permettant de distinguer les contrats de travail et d'entreprise repose sur l'existence ou non d'un lien de subordination juridique. Le salarié soumis aux ordres de son employeur s'oppose ainsi à l'entrepreneur indépendant du maître de l'ouvrage » et J.-P. BABANDO, *op. cit.*, n° 17, p. 7 : « Les tribunaux utilisent traditionnellement une série d'indices afin de vérifier si le contrat en question est bien un contrat d'entreprise ou s'il relève du droit du travail : - le contractant est-il inscrit au registre de commerce ou au registre des métiers ? - le sous-contractant dispose-t-il d'une clientèle ou l'entrepreneur principal est-il son unique employeur ? - la rémunération du sous-contractant est-elle définie en fonction de tâches bien définies, s'agit-il d'une rémunération forfaitaire ou la rémunération est-elle prévue à l'heure ? - l'exécution des travaux s'effectue-t-elle sous contraintes horaires, dans l'indépendance par le sous-contractant ou est-elle soumise à des instructions précises selon un cadre horaire organisé ? ».

V. aussi, Cass. soc., 30 novembre 1983, Bull. civ. et Cass. soc., 14 novembre 1984, Bull. civ.

عمل، أما إذا كان احتسابه ودفعه على أساس الأعمال المنجزة ونسبة تقدمها وحسن تنفيذها فيعد العقد عقد مقاوله فرعية<sup>93</sup>.

- ما إذا كان المقاول الفرعي مؤمن اجتماعيا باعتباره صاحب مؤسسة في الصندوق التأميني الخاص بأصحاب العمل، أو أنه مؤمن اجتماعيا باعتباره عاملا، أين يقع هذا الالتزام على عاتق من يستخدمه.

- ما إذا كان العمل ينجز بكل استقلالية من المقاول الفرعي في إطار المدة الزمنية المتاحة، أو أنه خاضع لتعليمات وأوامر محددة في إطار استعمال زمني معد مسبقا.

تبعا لما سبق، إذا كان كل من عقد العمل وعقد المقاوله الفرعية يردان على أداء عمل، فإن القواعد القانونية التي يخضع لها أحد العقدين تختلف اختلافا جوهريا عن القواعد التي يخضع لها العقد الآخر خاصة في تحمل التبعة، وفي كل الأحوال يتعلق الأمر بتنفيذ عمل محدد مقابل أجر. ولكن المقاوله بصفة حصرية خالية من أي تبعية مع رب العمل، فالمقاول ينفذ العمل على نفقته مع ما ينجم عنه من مخاطر تنفيذ الأعمال الموكولة له، وتحت مسؤوليته<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup>- تجدر الإشارة إلى أن الأجر في عقد العمل لم يعد خاضعا لاتفاق الطرفين فقط، يحدد على أساس قانون السوق. أي قاعدة العرض والطلب، بل أصبحت جل التشريعات تتدخل في تحديده، بعد تغير النظرة المادية الرأسمالية للأجر إلى نظرة اقتصادية واجتماعية، فأصبحت الدولة تتدخل في تحديده عن طريق أحكام تشريعية تفاديا للإضرابات ولثورات العمالية ولتحسين المستوى المعيشي للعمال وتفاديا للركود الاقتصادي. فإن كان طرفي العقد يتفقان مبدئيا على الأجر، فيجب أن لا يخالف هذا الاتفاق القواعد القانونية والتنظيمية المحددة للأجر، وأهم هذه القواعد ما يتعلق بعدم جواز أن يقل أجر العامل عن الجر الوطني الأدنى المضمون الذي يحدد بموجب مرسوم رئاسي، وما تبعه مؤخرا من إلغاء المادة 87 مكرر من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل بموجب قانون المالية لسنة 2015، بعد نضال النقابات العمالية. بالمقابل، فإن أجر المقاول الفرعي يخضع دائما لسلطان إرادة المتعاقدين، مما يوضح التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاوله الفرعية من هذا الجانب.

<sup>94</sup> - J.-L. BERGEL, J.-J. LIARD et J.-J. EYROLLES, *Lamy droit immobilier, urbanisme, construction, fiscalité, Contrat d'entreprise*, 2006, n° 2805, p. 1312 : « Cette distinction comporte un intérêt juridique certain, en effet, dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage, les risques inhérents pèsent sur l'entreprise jusqu'à la réception. Dans celui d'un contrat de travail, l'employeur assume les risques de l'ouvrage ».

وحقيقة الأمر، أنّ المقاول في تنفيذه لالتزاماته الناجمة عن عقد المقاولة، يملك عدة خيارات، فقد يؤدي العمل الملتزم به عن طريق عمال تابعين له بواسطة عقود عمل، أو عن طريق التعاقد الفرعي مع مقاول أو عدة مقاولين بواسطة عقد المقاولة من الباطن، أو الجمع بين الطريقتين، فينفذ شخصيا جزء من الصفقة بواسطة العمال التابعين له بموجب عقود عمل ويعهد لمقاول أو عدة مقاولين آخرين تنفيذ الجزء المتبقي من الصفقة في إطار التعاقد الفرعي. ولعدم الخلط بين الطريقتين يعتمد الفقهاء على معيار أساسي للتمييز بينهما، أي بين عقد المقاولة من الباطن وعقد العمل، يكمن في وجود أو عدم وجود الرابطة التبعية بين المتعاقدين، فالعامل يخضع لأوامر مستخدمه، أما المقاول الفرعي فهو مستقل عن المقاول الأصلي، بالرغم من العقد الذي يجمعهما. فغياب علاقة التبعية يجعل من العلاقة مقالة فرعية، أما غياب الاستقلالية تجعل من العلاقة علاقة عمل<sup>95</sup>.

وبالتالي، فإن غياب رابطة التبعية في العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي واستقلالية هذا الأخير، لا يعني غياب أية رقابة عليه، بل يحق للمقاول الأصلي رقابة المقاول الفرعي في تنفيذ ما اتفقا عليه، لأن المقاول الأصلي ملزم بإنجاز المشروع بمواصفات تقنية محددة. وهذا ما يفسر لجوء بعض المقاولين الأصليين إلى تحرير دفتر الشروط للمقاول الفرعي ولما يتمتع به المقاول من سلطة في تنظيم الورشة<sup>96</sup>. كما أنّ المشرع جعل المقاول الأصلي مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه صاحب المشروع<sup>97</sup>. بيد أنّ هذه المسؤولية، لا ترقى لمسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، التي نجدها في عقد العمل<sup>98</sup> بين المستخدم بصفته متبوع والعامل بصفته تابع، لأن في هذا النوع من المسؤولية المتبوع مسؤول عن كل الأضرار التي سببها تابعه للغير، متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته

<sup>95</sup> - A. BENABENT, *Sous-traitance, sous-traitance des marchés des personnes privées, op. cit.*, n° 31, p. 14.

<sup>96</sup> - B. KOHL et M. VANWYCH-ALEXANDRE, *op. cit.*, p.29; J.-P. BABANDO, *op. cit.*, n° 18, p. 8 et A. BENABENT, *sous-traitance des marchés des personnes privées, op. cit.*, n° 32, p. 15.

<sup>97</sup> - الفقرة 2 من المادة 564 ق. م. ج.، السالفة الذكر.

<sup>98</sup> - بجاوي المدني، المرجع السالف الذكر، ص. 159.

أو بسببها أو بمناسبة<sup>99</sup>. أما مسؤولية المقاول الأصلي عن المقاول الفرعي فهي تجاه صاحب المشروع فقط، أما تجاه الغير فإن المقاول الفرعي يتحمل مسؤوليته الشخصية، لأنه يعمل لحسابه الخاص وليس لحساب المقاول الأصلي. والمسؤولية عن فعل الغير تستلزم قيام علاقة التبعية، التي تتحقق ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه، ويكفي تأدية هذا الأخير عمله لحساب المتبوع، أي المستخدم ولا يحق للمتبوع الرجوع على تابعه إلا في حالة ارتكابه خطأ جسيما<sup>100</sup>.

وتجب الإشارة إلى أن حق العامل في الوقاية الصحية والأمن وطب العمل داخل ورشات العمل، هو حق دستوري<sup>101</sup> تطبيقا للقواعد المكرسة في الدستور، إضافة إلى الأحكام التشريعية والتنظيمية التي تسعى إلى حماية العمال الأجراء من أخطار حوادث العمل والأمراض المهنية. ويقع واجب الوقاية من هذه الحوادث على عاتق صاحب العمل أولا، فهو ملزم بتوفير كل وسائل الحماية المكرسة، بالإضافة إلى لجنة الوقاية الصحية والأمن<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup>- المادة 136 ق. م. ج. المعدلة والمتممة بالمادة 41 من القانون رقم 05-10، السالف الذكر التي تنص على ما يلي: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها. وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

<sup>100</sup>- المادة 137 ق. م. ج. المعدلة والمتممة بالمادة 41 من القانون رقم 05-10، السالف الذكر.

<sup>101</sup>- المادة 55 من الدستور الجزائري التي تنص على ما يلي: "لكل المواطنين الحق في العمل. يضمن القانون في أثناء العمل الحق في الحماية والأمن والنظافة. الحق في الراحة مضمون، ويحدد القانون كليات ممارسته".

<sup>102</sup>- القانون رقم 88-07 المؤرخ في 26 يناير 1988 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، ج. ر. 27 يناير 1988، العدد 4، ص. 117، المرسوم التنفيذي رقم 91-05 المؤرخ في 19 يناير 1991 المتعلق بالقواعد العامة للحماية التي تطبق على حفظ الصحة والأمن في أماكن العمل، ج. ر. 23 يناير، العدد 4، ص. 74، المرسوم التنفيذي رقم 93-120 المؤرخ في 15 مايو 1993 المتعلق بتنظيم طب العمل، ج. ر. 19 ماي 1993، العدد 33، ص. 9.

وتتولى مفتشية العمل مهمة رقابة مدى تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية في مجال الوقاية من حوادث العمل والأمراض المهنية<sup>103</sup>.

كما نص المشرع الجزائري<sup>104</sup> على أحكام تلزم صاحب العمل بإنشاء هياكل طبية. ويقع على عاتق طبيب العمل إلزامية إعداد ملف طبي لكل عامل، ويكمن الغرض من إجراء الفحوصات الطبية في تحديد مدى ملائمة المنصب الذي يشغله العامل وحالته الصحية<sup>105</sup>.

أما عن الجهة القضائية المختصة بالنظر في المنازعات الناجمة عن تنفيذ عقد المقاولة الفرعية، فهي من اختصاص المحكمة<sup>106</sup> في قسمها العقاري متى تعلق الأمر بنزاع مرتبط بنشاط الترقية العقارية<sup>107</sup>. أما إذا كان النزاع خارج عن هذا النشاط، فإذا كان طرفي العقد مقاولين فيختص القسم التجاري بالنظر في النزاع باعتباره نزاع بين تاجرين، أما إذا كان المقاول الفرعي حرفي، شخص طبيعي أو تعاونية حرفية، فيكون العقد من طبيعة مختلطة، وقد يختص بالنزاع القسم المدني للمحكمة. غير أنه لا يطرح إشكال الاختصاص النوعي بين هذه الأقسام. أما المنازعات الناجمة عن تنفيذ عقد العمل فهي من اختصاص القسم الاجتماعي للمحكمة بصفة حصرية، لأن هذا القسم، وبصفة استثنائية له اختصاص مانع للنظر في المنازعات الاجتماعية عامة والمنازعات العمالية خاصة<sup>108</sup>.

---

<sup>103</sup>- المادة 9 من القانون رقم 90-03 المؤرخ في 6 فبراير 1990 والمتعلق بمفتشية العمل، المعدل والمتمم، ج. ر. 7 فبراير 1990، العدد 6، ص. 237.

<sup>104</sup>- المادة 13 من القانون رقم 88-07، المذكور أعلاه، التي تنص على ما يلي: " يعد طب العمل التزاما يلقي على عاتق المؤسسة المستخدمة ويجب عليها التكفل به".

<sup>105</sup>- بن عزوز بن صابر، حق العمال في الوقاية الصحية والأمن داخل أماكن العمل في التشريع الجزائري، معهد الحقوق والعلوم القانونية، المركز الجامعي لغيلزان، العدد الأول، جانفي 2010، ص. 43.

<sup>106</sup>- المادة 32 ق. إ. م. إ.

<sup>107</sup>- المادة 512 ق. إ. م. إ.

<sup>108</sup>- المادة 500 ق. إ. م. إ.

## ثانيا: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن عقد الوكالة

عرّف المشرع الجزائري عقد الوكالة بموجب المادة 571 من القانون المدني كما يلي "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه. لا ينشأ العقد إلا بقبول الوكيل"<sup>109</sup>.

ويتضح من استقراء النص المذكور بأن المقصود من الوكالة هو الإنابة الاتفاقية التي يستمد النائب فيها سلطته في التعاقد من إرادة الأصيل، وذلك بموجب عقد الوكالة الذي يبين حدود الوكالة<sup>110</sup>. وترد الإنابة إما على تنفيذ أعمال مادية أو أعمال قانونية. فيجوز للمتعاقد الأصلي أن ينيب غيره في تنفيذ العمل الموكل له، فيختار وكيلا فرعيا في تنفيذ محل الوكالة الأصلية. وتجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على إجازة الوكالة الفرعية، خلافا لما نص عليه في أحكام عقد المقاولة، أين أجاز التعاقد الفرعي

---

<sup>109</sup>- تجب الإشارة إلى أن الفقرة الثانية من المادة 571 لم تذكر في نص المادة في صياغته العربية، وإنما هي ترجمة للنص في صياغته باللغة الفرنسية.

Concernant le droit français, art. 1984 C. civ. : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire ».

<sup>110</sup>- لقد تناول المشرع الجزائري أحكام عقد الوكالة بموجب الفصل الثاني من الباب التاسع المتعلق "بالعقود الواردة على العمل" من الكتاب الثاني المتضمن الالتزامات والعقود من القانون المدني. ويقصد بالنيابة في التعاقد حلول إرادة شخص معين يسمى النائب محل إرادة شخص آخر هو الأصيل في إنشاء تصرف قانوني تتصرف آثاره إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب. كما تعرف أيضا بأنها إبرام شخص يسمى النائب عملا قانونيا لحساب شخص آخر وباسمه يسمى الأصيل، بحيث ينتج هذا العمل القانوني آثاره مباشرة في ذمة الأصيل. أما النيابة القانونية فهي التي يستمد فيها النائب سلطته في التعاقد من القانون، ومثالها الولاية، الوصاية، والقوامة على القصر والمحجور عليهم حجرا قانونيا أو قضائيا. وقد يفوض القانون تحديد شخص النائب إلى القاضي كما هو الحال بالنسبة إلى الوصي، وهذا ما يسمى بالنيابة القضائية. أنظر أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الثاني، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، بند 83 وما بعده، ص. 202. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق الذكر، بند 55 وما بعده، ص. 83 ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق الذكر، بند 120 وما بعده، ص. 143.

صراحة<sup>111</sup>. إلا أنه نص على الآثار القانونية التي تترتب على الوكالة الفرعية في المادة 580 من القانون المدني كما يلي "إذا أُناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك كان مسؤولاً عما فعل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية. أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب فإن الوكيل لا يكون مسؤولاً إلا عن خطئه في اختيار نائبه، أو عن خطئه فيما أصدره من تعليمات. ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل والنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر".

يلاحظ من استقراء النص القانوني أن المشرع قد ميز بين حالتين هما:

- حالة ما إذا لم يكن مرخصاً للوكيل في إنابة غيره فتطبق أحكام المسؤولية العقدية، ويكون الوكيل ونائبه مسؤولان بالتضامن باتجاه الموكل عن الخطأ الصادر من نائب الوكيل وكأنه صادر من الوكيل الأصلي.

- حالة ترخيص الموكل للوكيل في إنابة شخص آخر عنه، ففي هذه الحالة لا يكون الوكيل مسؤولاً إلا عن خطئه الشخصي فيما صدر منه من توجيهات أو خطئه في اختيار النائب.

وقد يلجأ المفاوض الأصلي إلى تكليف شخصاً آخر كوكيل عنه من أجل القيام ببعض الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب عقد المقابلة الأصلي. فكيف يتم التمييز بين عمل الوكيل وعمل المفاوض الفرعي؟

باعتبار عقد المقابلة الفرعية عقد مقابلة في تكليفه القانوني، فإنه يشترك مع عقد الوكالة في أن كلا العقدين واردين على تأدية خدمات، فمحل التزام المدين في كلا العقدين هو القيام بعمل لفائدة الدائن. بيد أن محل عقد الوكالة تصرف قانوني، إذ يقوم الوكيل

---

<sup>111</sup> - القسم الثالث من الفصل الأول المتعلق بعقد المقابلة، من باب العقود الواردة على العمل للكتاب الثاني من القانون المدني.

بأعمال قانونية لمصلحة موكله، فيكون نائباً عنه ويمثله في التصرف الذي يؤديه، في حين محل عقد المقاولة الأصلي أو الفرعي تصرف مادي يتمثل إنجاز بنايات والهدم والتهيئة وغيرها من أشغال البناء. غير أن التمييز الأساسي بين العقدين، يتمثل في طبيعة الالتزام محل العقد، فالالتزام الوكيل هو القيام بعمل باسم ولحساب الموكل، ولهذا فهو يخضع لإرادة الموكل. فيلتزم الوكيل بموافاة الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة، وعليه أن يقدم حساباً عنها، وإن كان لا يلتزم إلا ببذل عناية الرجل العادي. كما يحق للموكل عزل الوكيل وله إنهاء الوكالة في أي وقت<sup>112</sup>. بالمقابل، فإن التزام المقاول هو تأدية عمل باسمه ولحسابه الخاص، وإن كان لمصلحة المقاول الأصلي وبطريقة غير مباشرة لمصلحة صاحب المشروع، ولذلك فهو يلتزم بتحقيق نتيجة<sup>113</sup>.

فالفرق الأساسي بين العقدين، يتمثل في سلطة التمثيل، التي يتمتع بها الوكيل سواء كان مأجوراً أو غير مأجور، وسواء كان يتصرف باسمه أو باسم موكله، في حين أن المقاول الفرعي، لا يتمتع بسلطة تمثيل المتعاقد معه، أي المقاول الأصلي<sup>114</sup>.

كما يتميز عقد المقاولة الفرعي عن عقد الوكالة، في أن الأول يكون دائماً مقابل أجر، فالأجر أحد العناصر الأساسية لعقد المقاولة سواء الأصلي أو الفرعي<sup>115</sup>، في حين العقد الثاني، فهو من العقود التبرعية أصلاً، ما لم يتفق الأطراف على أن تكون مأجورة<sup>116</sup>،

---

<sup>112</sup> - المواد من 571 إلى 589 ق. م. ج.

<sup>113</sup> - J.-L. BERGEL, J.-J. LIARD et J.-J. EYROLLES, *op. cit.*, n° 2803, p. 1312.

<sup>114</sup> - G. VERMELLE, *Les contrats spéciaux*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 122 et P. PUIG, *op. cit.*, n° 777, p. 441 : « Le critère distinctif entre les deux contrats tient donc au pouvoir de représentation dont est investi le mandataire, non l'entrepreneur. Le premier s'engage à conclure des actes juridiques pour le compte du mandant tandis que le second n'accomplit que des actes matériels. En l'absence de représentation, il ne saurait y avoir mandat, la qualification d'entreprise retrouve son empire ».

<sup>115</sup> - المواد 549، 564 و 565 ق. م. ج.

<sup>116</sup> - المادة 581 ق. م. ج.

ونجد هذه الحالة الأخيرة، أي الوكالة المأجورة لاسيما في الوكالة التجارية<sup>117</sup>، أين يبقى العقد عقد وكالة يخضع لأحكامه العامة وإن كان مأجورا، لأن الوكيل يتصرف دائما باسم الموكل ولحسابه، وقد يتصرف باسمه الشخصي، فتصبح الوكالة وكالة بالعمولة، ولكنها دائما لحساب الموكل. وإن سمح المشرع للوكيل التجاري بالقيام ببعض العمليات التجارية لحسابه الخاص، ولكن بصفة استثنائية ومتى اقتضت الحاجة ذلك. أما المقاول الفرعي، فهو يتصرف دائما وبصفة أساسية باسمه ولحسابه الخاص.

### ثالثا: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن عقد البيع

تناول المشرع الجزائري أحكام عقد البيع في الفصل الأول من الباب السابع من كتاب الالتزامات والعقود من القانون المدني والذي خصه للعقود المتعلقة بالملكية. ولقد عرف عقد البيع في المادة 351 كما يلي " البيع عقد يلتزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا، في مقابل ثمن نقدي". وفقا لنص المادة المذكورة، يلتزم البائع بنقل ملكية شيء أو حق مالي للمشتري، فيتمثل محل عقد البيع في نقل ملكية المبيع. أما موضوع عقد المقاولة فيكمن في إنجاز عمل معين يتعهد به المقاول مقابل أجر محدد، غير أن هذا الأخير قد يتعهد بتقديم العمل ومادته في آن واحد، وهذا ما نلمحه من نص المادة 550 من القانون المدني التي تنص على ما يلي " يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله. كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا". وتنص المادة 551 من ذات القانون على

---

<sup>117</sup> المادة 34 ق. ت. ج. التي تنص على ما يلي: " يعتبر عقد الوكالة التجارية اتفاقية يلتزم بواسطتها الشخص عادة بإعداد أو إبرام البيوع أو الشراءات ويوجه عام جميع العمليات التجارية باسم ولحساب تاجر، والقيام عند الاقتضاء بعمليات تجارية لحسابه الخاص ولكن دون أن يكون مرتبطا بعقد إجازة الخدمات. وإذا كان عقد الوكالة التجارية غير محدد بمدة معينة فلا يجوز لكلا الطرفين فسخه دون إخبار مسبق ومطابق للأعراف، إلا في حالة صدور خطأ من أحد الطرفين".

أنه " إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولاً عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل"<sup>118</sup>.

وبذلك، يكمن الإشكال الذي يثار في حالة شراء المقاول مادة العمل واستعمالها في البناء، في مدى اعتبار المقاول بائعاً لتلك المادة، أو يبقى العقد بتكليفه القانوني على أنه عقد مقاوله. يرى جانب من الفقه<sup>119</sup>، بأنه لا يكفي اعتبار العقد عقد بيع لمجرد تقديم المقاول لمادة العمل. بينما طرح البعض الآخر<sup>120</sup> معيارين لتمييز عقد المقاوله عن عقد البيع، يتمثل الأول في المعيار الاقتصادي الذي يستند إلى أهمية العمل، وذلك بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل. فإذا كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة فالعقد مقاوله، أما إذا كانت قيمة المادة تفوق قيمة العمل فالعقد عقد بيع. ولكن قد يقع أن تكون للمادة قيمة محسوسة إلى جانب قيمة العمل فيصبح العقد في هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاوله<sup>121</sup>. أما المعيار الثاني فيتعلق بخصوصية العمل، ومفاده إذا أدى المقاول عمل خاص بحاجات للزبون، فهي مقاوله<sup>122</sup>. وأضاف جانب من الفقه<sup>123</sup> معيار آخر، يأخذ بعين الاعتبار اتجاه إرادة المتعاقدين وقت إبرام العقد، فإذا كان الطرفان يهتمان بوسائل وكيفية إنجاز المشروع

<sup>118</sup> - Concernant le droit français, v. Art. 1582 C. civ.: « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé ».

V. aussi, J.-P. BABANDO, *op. cit.*, n° 9, p. 4.

<sup>119</sup> - B. BOUBLI, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, n° 19, p. 6.

<sup>120</sup> - أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، المجلد الأول، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، بند 6، ص. 26 و 27. استند الفقه في هذا الرأي إلى القاعدة التي تقضي بأن " الفرع يتبع الأصل "، فإذا كان العمل هو الأصل تبعته المادة وكان العقد مقاوله، وإذا كانت المادة هي الأصل تبعها العمل وكان العقد بيعاً.

<sup>121</sup> - فتحية قرة، المرجع السالف الذكر، ص. 111.

<sup>122</sup> - Sur cette question, v. Ph. Le TOURNEAU, J. FISCHER et E. TRICOIRE, *Principaux contrats civils et commerciaux*, Ellipses. éd., 2005, p. 134 et J.-L. BERGEL, J.-J. LIARD et J.-J. EYROLLES, *op. cit.*, n° 2804, p. 1312.

<sup>123</sup> - F. BALON, *Relation entre maître de l'ouvrage/ sous-traitant, in La sous-traitance*, Larcier, éd., 2006, p. 81.

اعتبر العقد مقاولة، أما إذا كان العمل قد تم تنفيذه والنتيجة المرجوة محققة ولم يهتم بالوسيلة المعتمدة فالعقد يعتبر عقد بيع.

### الفرع الثاني: التمييز بين المقاولة الفرعية والتصرفات المشابهة

قد يختلط عقد المقاولة الفرعية ببعض التصرفات التي قد تتشابه معه في بعض السمات، كالتنازل عن العقد، والعقود المتتابعة، وتعدد العقود، والعقود المكملة. الأمر الذي يقودنا إلى ضرورة تمييزه عن مختلف هذه التصرفات القانونية.

### أولاً: التمييز بين المقاولة الفرعية والتنازل عن المقاولة

قد يتعاقد مقاول البناء مع مقاول فرعي لتنفيذ جزء من المشروع المكلف بإنجازه، وقد ينفق معه على تنفيذ كل العمل موضوع عقد المقاولة. وإذا كانت الحالة الأولى لا تطرح أي إشكال في اعتبار الصفقة مقاولة فرعية، فإن تكليف المقاول الفرعي بتنفيذ كامل مشروع البناء موضوع عقد المقاولة، يثير بعض اللبس، في مدى اعتبار التصرف تعاقد فرعي أم تنازل عن المقاولة؟

خلافًا للمقاولة الفرعية التي خصها المشرع بقسم مستقل في فصل عقد المقاولة، فإنه لم ينص عن حالة التنازل عن عقد المقاولة، عكس التنازل عن الإيجار، إذ نظم هذا الأخير في ذات العنوان الذي نظم فيه الإيجار الفرعي، فمنع صراحة المستأجر من التنازل عن إيجاره أو تأجير ما استأجره فرعياً بدون موافقة المؤجر<sup>124</sup>. كما ميز بين التنازل عن عقد

---

<sup>124</sup> المادة 505 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: " لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن هذا الإيجار أو يؤجر إيجاراً فرعياً كل ما استأجره، أو بعضه بدون موافقة صريحة من المؤجر كل ذلك ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك".

الإيجار والإيجار الفرعي. فأبقى المستأجر في الحالة الأولى ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزامه. أما المستأجر الفرعي فيكون ملتزما اتجاه المؤجر مباشرة<sup>125</sup>.

ويبرر عدم تنظيم المشرع لمسألة التنازل عن المقاولة، بعدم شيوعها في ميدان الأعمال، خلافا للمقاولة الفرعية التي يكثر اللجوء إليها من أجل إنجاز المشاريع في الوقت المحدد وتفاذي المقاول تحمّل غرامة التأخير من جهة، ولامتلاك المقاول الفرعي مهارة إنجاز بعض أجزاء المشروع لا يمتلكها المقاول الأصلي من جهة ثانية. وأمام انعدام نص -سواء كان تشريعيا أم اتفاقيا- يمنع التنازل عن المقاولة، فالأمر جوازي خاضع لإرادة الأطراف الصريحة والضمنية ولعرف المعاملة، عملا بمبدأ "الأصل في التصرفات الجواز"، وإذا اتفق الطرفان على التنازل عن المقاولة، فيخضع هذا الاتفاق للأحكام الاتفاقية وللقواعد العامة للتعاقد.

ولأجل التمييز بين التنازل عن المقاولة والمقاولة الفرعية لكل المشروع، يقتضي الأمر توضيح المقصود من التصرفين المذكورين. سبق القول في مفهوم المقاولة الفرعية في أنها عقد مستقل يتفرع عن عقد أصلي هو عقد المقاولة. كما أن عقد المقاولة الفرعي لا يؤدي إلى إلغاء عقد المقاولة الأصلي، بل تبقى العلاقة التعاقدية قائمة بين المقاول الأصلي وصاحب المشروع. أما التنازل عن المقاولة، يؤدي إلى إلغاء عقد المقاولة الأصلي المبرم بين صاحب المشروع والمقاول الأصلي، فتنتفي العلاقة بين هاذين الطرفين وتحل محلها علاقة جديدة تربط المقاول المتنازل له بصاحب المشروع، متى أبلغ هذا الأخير بالتنازل

---

<sup>125</sup> المادة 506 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: "في حالة التنازل عن الإيجار يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزامه". والمادة 507 التي تنص على أنه: "يكون المستأجر الفرعي ملتزما مباشرة تجاه المؤجر بالقدر الذي يكون بزمته للمستأجر الأصلي وذلك في الوقت الذي أنذره المؤجر. ولا يجوز للمستأجر الفرعي أن يحتج تجاه المؤجر بما سبقه من الأجرة إلى المستأجر الأصلي إلا إذا تم ذلك قبل الإنذار طبقا للعرف، أو للاتفاق الثابت والمبرم وقت انعقاد الإيجار الفرعي".

وأقره، فتصبح علاقة المقاول المتنازل له علاقة مباشرة بصاحب المشروع، خلافا لعلاقة هذا الأخير بالمقاول الفرعي، والتي تبقى علاقة غير مباشرة<sup>126</sup>.

وبذلك، يتحدد المعيار الفاصل والفرق الجوهرى بين التعاقد الفرعى فى المقاولة والتنازل عنها، فى أن هذا الأخير ينقل كافة حقوق والتزامات المقاول الأصيلى بصفته المتنازل إلى مقاول آخر بصفته المتنازل له، أى يحول المقاول المتنازل حقوقه والتزاماته إلى المقاول المتنازل له، فىحل محله فى علاقته التعاقدية مع صاحب المشروع. وتتقطع صلة هذا الأخير بالمقاول المتنازل متى أقر بالتنازل<sup>127</sup>. بالمقابل، فإن التعاقد الفرعى، لا يؤدي إلى نقل حقوق والتزامات المقاول الأصيلى إلى المقاول الفرعى، ويبقى كل طرف ملتزما بما ينبج عن عقده. وبالنسبة لضمآن انجاز المشروع، فإن المقاول الفرعى لا يلتزم بالضمآن الخاص بعقد المقاولة، أى ما يعرف بالضمآن العشري<sup>128</sup>، فى حين لا خلاف فى خضوع المقاول المتنازل له لأحكام هذا الضمآن<sup>129</sup>. كما لا يعد المقاول المتنازل مسؤولا عن المقاول المتنازل له تجاه صاحب المشروع، خلافا لما هو مقرر فى المقاولة الفرعية، أين يبقى المقاول الأصيلى مسؤولا تجاه صاحب المشروع عن المقاول الفرعى<sup>130</sup>.

---

<sup>126</sup>- أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجدىد، العقود الواردة على العمل، المرجع السالف الذكر، بند 117، ص. 207 وعبد الرحمن بن عايد، عقد المقاولة، الإدارة العامة للثقافة والنشر، الرياض، 2004، ص. 251.

<sup>127</sup> - En ce sens, J.-P. KARILA, *Sous-traitance, Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, Qualification et modalités de la sous-traitance, La protection du sous-traitant*, Juris-cl. Constr. urb. 2008, fasc. 206, n° 42, p. 11: « le critère décisif de distinction réside dans le fait qu'alors que la cession de contrat réalise incontestablement une substitution des droits et obligations d'une partie à une autre, la sous-traitance réalise une juxtaposition de relations contractuelles différentes, se caractérisant par leur totale indépendance d'un point de vue juridique ».

<sup>128</sup>- بالنسبة لأحكام الضمآن العشري، انظر مازة حنان، ضمآن العيوب فى عقد مقاولة البناء، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير فى الحقوق، تخصص قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2009-2010.

<sup>129</sup>- محمد عزمى البكرى، المرجع السالف الذكر، بند 143، ص. 329.

V. aussi, J.-P. BABANDO, *op. cit.*, n° 26, p. 10.

<sup>130</sup>- المادة 564 الفقرة 2 ق. م. ج.

ويبقى أهم معيار يستخدمه الفقه في التمييز بين المقاولة الفرعية والتنازل عن المقاولة، معيار قصد إرادة الأطراف. فإذا كانت إرادة المفاوض الأصلي تتجه نحو الخروج من العلاقة التعاقدية ليحل محله مفاوض آخر في تنفيذ المشروع، فيعد التصرف في هذه الحالة تنازلاً عن المقاولة. أما إذا اتجهت إرادة المفاوض الأصلي إلى الحفاظ على علاقته التعاقدية بصاحب المشروع وبظل متواجداً في ورشة العمل مع احتفاظه بسلطاته في الرقابة والإشراف على التنفيذ، فيكون تعاقدته في هذه الحالة تعاقداً فرعياً لفائدة مفاوض فرعي<sup>131</sup>. وعليه يرى الفقه<sup>132</sup> بأن التنازل عن المقاولة يتخذ إحدى الصورتين التاليتين:

تتمثل الصورة الأولى في تنازل المفاوض عن الأجرة بصفته دائماً إلى شخص آخر، عن طريق حوالة الحق<sup>133</sup>، فيصح التنازل باتفاق بين المفاوض المتنازل ومفاوض آخر متنازل

<sup>131</sup>- سامي محمد، المرجع السالف الذكر، ص. 63.

<sup>132</sup>- أنور طلبة، العقود الصغيرة الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة، المكتب الجامعي الحديث، 2004، ص. 294 وأحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، نفس المرجع.

<sup>133</sup>- الحوالة لغة مأخوذة من التحويل بمعنى الانتقال، أما اصطلاحاً فيقصد بها نقل الدين من ذمة شخص إلى ذمة شخص آخر. وقد تتعلق الحوالة بحق شخصي من دائن إلى دائن آخر وهنا تسمى " بحوالة الحق " (*la cession de créance*)، أما إذا تعلقت بتحويل التزام من مدين إلى مدين آخر سميت " بحوالة الدين " (*la cession de dette*). وسواء كانت الحوالة حوالة حق أو حوالة دين، فإن الذي ينتقل بالحوالة هو الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه، أي صفاته وضمائنه ودفعه. وقد تناول المشرع أحكام الحوالة في الباب الرابع تحت عنوان انتقال الالتزام من الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات والعقود من القانون المدني، إذ خصص الفصل الأول لحوالة الحق والفصل الثاني لحوالة الدين، وإن لم يعرف الحوالة فقد بين كيفية انعقاد حوالة الحق بموجب المادة 239 بنصها: "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين"، وحوالة الدين بالمادة 251 بنصها: "تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين". ولا تكون حوالة الحق نافذة في مواجهة المدين، إلى إذا قبلها أو أخبر بها بعقد غير قضائي. ونظراً لأهمية وخطورة انتقال الدين وما يترتب عليه من تغيير المدين، اشترط المشرع لنهاج حوالة الدين في حق الدائن إقراره بها، والإقرار تعبير عن إرادة منفردة تصدر من الدائن، ولا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه. ومن تم، لا يعتبر الإقرار كالقبول ينتج أثره من وقت صدوره، بل هو إقرار لاتفاق سابق، فيكون له أثر رجعي يستند إلى وقت انعقاد الحوالة لا إلى وقت صدور الإقرار. وللمزيد من التفصيل أنظر عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص.

له، دون الحاجة لرضى صاحب المشروع. ويكفي الاحتجاج بالتنازل قبل هذا الأخير إبلاغه به بعقد غير قضائي وله قبوله بصفته مدينا بالأجرة. وهذا طبقاً لقواعد حوالة الحق<sup>134</sup>. وبذلك يحق لرب العمل التمسك قبل المقاول المتنازل له بجميع الدفع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المقاول المتنازل<sup>135</sup>. ويلجأ المقاول عادة إلى حوالة الأجرة إذا احتاج لتمويل في انجاز مشروع المقاول، وغالباً ما يكون ذلك على سبيل الرهن.

أما الصورة الثانية، فتتحقق عند تنازل المقاول عن عقد المقاوله بكامله، أي ينقل إلى المتنازل له جميع الحقوق والالتزامات الناجمة عن عقد المقاوله، فيحل المقاول المتنازل له محل المقاول المتنازل، ويتحقق هذا التنازل باتفاق بين المقاول المتنازل والمقاول المتنازل له، ويترتب عليه إعمال قواعد حوالة الحق في نقل الحقوق وقواعد حوالة الدين في ما يتعلق بنقل الالتزامات الناجمة عن عقد المقاوله. وتطبيقاً لذلك، يتوجب قبول صاحب المشروع بالتنازل بصفته مدينا أو إبلاغه به بعقد غير قضائي، حتى يصبح التنازل سارياً في حقه، فيما يخص تحويل الحقوق كما سبق ذكره في تحويل الأجرة. أما بخصوص تحويل الالتزامات، فلا يكون نافذاً في حق صاحب المشروع بصفته دائناً، إلا إذا أقر بالتنازل، لأن إبلاغه به غير كاف في نقل الالتزامات وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الدين<sup>136</sup>.

---

644 وما بعدها وأحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السالف الذكر، البند 245 وما بعده، ص. 442.

<sup>134</sup>- المادة 241 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: " لا يحتج بالحوالة قبل المدين، أو قبل الغير إلا إذا رضي بها (المقصود إلا إذا قبلها) المدين، أو أخبر بها بعقد غير قضائي، غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ."

<sup>135</sup>- المادة 248 ق. م. ج.

<sup>136</sup>- المادة 252 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: " لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها. وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن وعيّن له أجلاً معقولاً ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون صدور الإقرار، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة."

وقد يكون التنازل عن المقابلة بمقابل يدفعه المتنازل له للمتنازل، أو بالعكس يدفعه المتنازل للمتنازل له، في حالة توقعه للخسارة بتنفيذه لمشروع المقابلة. ومتى تحقق التنازل عن المقابلة أصبح المقاول المتنازل له هو المدين بجميع التزامات المقاول نحو صاحب المشروع، وهو الدائن بجميع حقوق المقاول، ويختفي هذا الأخير من العلاقة بصاحب المشروع، ولا يكون مسؤولاً عن المقاول المتنازل له ولا ضامناً له<sup>137</sup>.

ويشترط لصحة التنازل عن المقابلة أن لا تكون شخصية المقاول المتنازل محل اعتبار، فإذا كانت كذلك فلا يصح التنازل إلا بموافقة صاحب المشروع. بل ويشترط رضاه على هذا التنازل، بسبب نشوء علاقة مباشرة بين المتنازل له ورب العمل. وحتى مع غياب شرط صريح بضرورة موافقة صاحب المشروع، يتوجب حصول المقاول عليها باعتبارها أمر لازم وضروري في هذه الحالة. ويلتزم المقاول الذي لم يحصل على موافقة صاحب المشروع بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن ذلك<sup>138</sup>. ويشترط كذلك لصحة التنازل أن لا يكون عقد المقابلة قد تم تنفيذه، إذ يتعين أن تكون العلاقة القانونية لا تزال قائمة حتى يحل المتنازل له محل المقاول المتنازل في تنفيذ المشروع<sup>139</sup>.

أخيراً، إذا كان المشرع لم ينظم مسألة التنازل عن عقد المقابلة في العقود الخاصة، كما سبق تبيانها، فقد نظمها في تشريع الصفقات العمومية، أي المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق الذكر، بنصه في المادة 74 منه على أنه " إذا تنازل حائز صفقة عمومية قبل تبليغه الصفقة أو رفض استلام الإشعار بتبليغ الصفقة، فإنه يمكن المصلحة المتعاقدة مواصلة تقييم العروض الباقية، بعد إلغاء المنح المؤقت للصفقة، مع مراعاة مبدأ حرية المنافسة ومتطلبات اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وأحكام المادة 99 من

---

<sup>137</sup> - محمد عزمي البكري، المرجع السالف الذكر، بند 144، ص. 330 وأحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السالف الذكر، بند 117، ص. 208.

<sup>138</sup> - J.-P. BABANDO, *op. cit.*, n° 22 et 30, p. 11.

<sup>139</sup> - سامي محمد، المرجع السالف الذكر، ص. 56 وما يليها.

هذا المرسوم. ويبقى عرض المتعهد الذي يتنازل عن الصفقة التي منحت له، في ترتيب العروض<sup>140</sup>.

وبهذا، إذا تمّ التنازل أثناء مرحلة صلاحية العروض صرفت المصلحة المتعاقدة النظر عن المستفيد من الصفقة وتواصل إجراءات إعادة منحها لمقاول آخر، بشرط أن يكون من بين المشاركين في إجراءات المناقصة والمعروض ملفه على لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض. وقد عاقب المشرع العارض الفائز بصفقة ما، والذي تنازل عنها، بإقصائه من المشاركة في الصفقات العمومية بشكل مؤقت أو نهائي<sup>141</sup>.

وقد طرح التساؤل في فرنسا، حول إعادة إجراءات المنافسة من جديد في حالة التنازل عن الصفقة، فأجاب مجلس الدولة بالنفي، وأوصى بمواصلة إجراءات منح الصفقة بدون تعديل في الأصل مع عارض آخر. وقد برر هذا الحل بناء على مبدأ "عدم المساس بالعرض"، والذي يلزم بمعاملة المترشحين للعرض بالمساواة، وخضوعهم جميعا لنفس الشروط والمعايير المحددة في المناقصة<sup>142</sup>.

### ثانيا: التمييز بين المقاول الفرعية والتجمع (Le groupement)

لم يرد تعريفا تشريعي صريحا للتجمع، وإنما تناول المشرع الجزائري أحكام التجمعات في الفصل الخامس من الباب الأول من الكتاب الخامس المتعلق بالشركات التجارية، من القانون التجاري والذي أعيد صياغة نصوصه بموجب المادة 11 من المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المتضمن القانون

---

<sup>140</sup>- لم ينظم المشرع الجزائري مسألة التنازل عن الصفقة العمومية، إلا بعد تعديل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بالمرسومين الرئاسيين رقم 12-23 و 03-13 واستحدثته للمادة 125 مكرر، قبل أن يلغي هذا المرسوم وتعديلاته.

<sup>141</sup>- المادة 75 البند الأول من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

<sup>142</sup> - CE avis, section, 8 juin 2000, AJDA, p. 758, note L. RICHIER, cité par J.-P. BABANDO, op. cit., n° 28, p. 11.

التجاري<sup>143</sup>، فنصت المادة 796 منه على أنه " يجوز لشخصين معنويين أو أكثر أن يؤسسوا فيما بينهم كتابيا، ولفترة محدودة تجمعا لتطبيق كل الوسائل الملائمة لتسهيل النشاط الاقتصادي لأعضائها أو تطويره وتحسين نتائج هذا النشاط وتنميته".

ويقابل، هذا الشكل من المؤسسة في التشريع الفرنسي التجمعات ذات المنفعة الاقتصادية<sup>144</sup>. ويمكن الفرق الجوهرية بين التجمع في التشريع الجزائري والتجمع ذا المنفعة الاقتصادية في التشريع الفرنسي، في أن هذا الأخير يسمح بتكوين التجمع بين أشخاص معنويين أو أشخاص طبيعيين، في حين أن المشرع الجزائري حصر إمكانية تأسيس التجمع بين أشخاص معنوية فقط. وبالتالي، يقصد بالتجمع، عموما، اشتراك عدة متعاملين اقتصاديين غالبا ما يتمثلوا في شركات، يوقعوا فيما بينهم التزاما موحدا، لا يهدف إلى تحقيق الأرباح واقتسامها، وإنما يقصد منه تنمية وتحسين النشاط الاقتصادي لأعضائه. ولهذا، يمكن تأسيس التجمع بدون رأسمال<sup>145</sup>. وما يمتاز به التجمع تمتعه بالأهلية التامة والشخصية المعنوية من تاريخ قيده في السجل التجاري. ومن أهم ضمانات التجمع المسؤولية التضامنية لأعضائه والتزامهم بتسديد ديونه من ثروتهم الخاصة<sup>146</sup>.

وفي تشريع الصفقات العمومية، نجد نوع آخر من التجمعات، فقد أجاز هذا التشريع للإدارة صاحبة المشروع، إذا اقتضت مصلحتها التعاقد مع تجمع للمؤسسات بدلا من التعاقد مع متعامل أو عدة متعاملين بصفة فردية، أي مع مقاولين منفردين سواء كانوا أشخاصا

<sup>143</sup>- ج. ر. 27 أبريل 1993، العدد 27، ص. 3.

<sup>144</sup> - Art. L. 251-1 C. com. fr. « Deux ou plusieurs personnes physiques ou morales peuvent constituer entre elles un groupement d'intérêt économique pour une durée déterminée. Le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même. Son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci ».

<sup>145</sup> - Sur cette notion, G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, *Commerçants, Actes de commerce, Entreprise commerciale, Fonds de commerce, Sociétés commerciales*, par M. GERMAIN, L.G.D.J., 16<sup>ème</sup> éd., 1996, n° 1642, p. 1198 ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, Economica et Delta, 12<sup>ème</sup> éd., 2003, n° 527 et s., p. 577 et Ph. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, 15<sup>e</sup> éd. 2012, n° 618 et s., p. 783.

<sup>146</sup>- المادة 799، 799 مكرر و 799 مكرر 1 ق. ت. ج.

طبيعية أو أشخاصا معنوية، إبرام الصفقة مع عدة متعاملين متجمعين في إطار تجمع مؤسسات. ويتميز تجمع المؤسسات في تشريع الصفقات العمومية عن التجمع في مفهوم القانون التجاري، في تمتع التجمع الأخير بالشخصية المعنوية، خلافا لتجمع المؤسسات في تشريع الصفقات العمومية الذي لا يتمتع بالشخصية المعنوية، بل يحتفظ كل متعامل بشخصيته المستقلة.

وبذلك، وإذا اقتضت مصلحة الإدارة صاحبة المشروع التعاقد مع تجمع مؤسسات، يستلزم تضمين دفتر شروط المناقصة إمكانية تقديم العرض في إطار تجمع مؤسسات، الذي يكون في شكل تجمع بالتضامن أو بالشراكة. شريطة احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة. وفي هذه الحالة يجب أن تتضمن الصفقة بندا يلتزم فيه المتعاملون المتعاقدون بإنجاز المشروع بإحدى الأشكال المذكورة، كأنجاز محطة بحرية أو جوية فتتقدم عدة شركات لإنجاز المشروع، فيكونوا تجمعا يلتزمون بتعهد واحد يكون إما بالشراكة أو بالتضامن<sup>147</sup>.

وتنص نفس الأحكام القانونية على أن التجمع بالتضامن يكون عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الصفقة كاملة. أما التجمع بالشراكة فيكون عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الخدمة، أو الخدمات التي يمكن أن تمنح له في إطار الصفقة. ويعين أحد أعضاء التجمع كوكيل يمثل جميع الأعضاء إزاء صاحب المشروع، وينسق إنجاز خدمات أعضاء التجمع. ويكون وكيل التجمع بالشراكة متضامنا وجوبا لتنفيذ الصفقة مع كل عضو من أعضاء التجمع بشأن التزاماته التعاقدية إزاء المصلحة المتعاقدة.

ويعرف الفقه الالتزام بالشراكة بأنه "التزام تجاه رب العمل من قبل عضو من أعضاء التجمع في حالة تقسيم الأشغال إلى حصص يقضي بتنفيذ الحصة الموكولة إليه، ويكون أحد الأعضاء المعين في الالتزام أو في الصفقة كوكيل للأعضاء الآخرين متضامنا مع كل واحد منهم وممثلا عنهم إلى غاية الاستلام النهائي للأعمال". أما الالتزام بالتضامن فهو التزام تجاه صاحب المشروع من قبل كل عضو من أعضاء التجمع بالنسبة للصفقة كاملة،

<sup>147</sup>- المادة 81 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

ويكون أحد الأعضاء المعين في الصفقة كوكيل عليهم ممثلاً لجميع أعضاء التجمع إلى غاية الاستلام النهائي للأعمال<sup>148</sup>.

وبناء على المفاهيم السابقة الذكر، يمكن التمييز بين المقاولة من الباطن والتجمع. فإذا كانت المقاولة من الباطن عقدا فرعيا له نفس محل العقد الأصلي، أي عقد المقاولة ولاحقا له، فإن التجمع يستلزم تعدد العقود بين مختلف أعضائه وتكوين شخصا معنويا واحد، كما هو الشأن في التجمع التجاري، أو من دون تكوين شخص معنوي والتعاقد بصفة فردية مع صاحب المشروع بالتضامن أو بالشراكة، كما هو الشأن في تجمع المؤسسات في انجاز الصفقات العمومية. فالتجمع يكون في إطار عقد تعاون يتفق بمقتضاه مجموعة من المقاولين على المساهمة في انجاز صفقة مشتركة تبعا لاختصاصاتهم وكفاءاتهم المهنية والتقنية، في حين أن التعاقد من الباطن يكون دائما تابعا ومتفرعا عن عقد أصلي سابق له، هو عقد المقاولة.

### ثالثا: التمييز بين المقاولة الفرعية وتعدد العقود (*La co-traitance*)

بجانب تنفيذ المشروع عن طريق تجمع المؤسسات بالتضامن أو بالشراكة كما سبق دراسته في الفقرة المتقدمة، يمكن تنفيذه عن طريق مقاول واحد أو عدة مقاولين ولكنهم يتصرفون تصرفا فرديا. وقد أشار تنظيم الصفقات العمومية إلى كلتا الطريقتين

---

<sup>148</sup> - A. BENABENT, *Sous-traitance des marchés des personnes privées*, op. cit. , n° 33, p15 : « ces groupements d'entreprises se présentent soit sous la forme de groupement « conjoints », soit sous la forme de groupements « solidaires ». Dans le groupement conjoint, chaque entreprise est signataire du marché et s'engage, à l'égard du maître de l'ouvrage, seulement sur le lot de travaux qui lui revient. L'un des entrepreneurs, en général celui qui est chargé du lot le plus important, est désigné comme mandataire commun ; il s'engage, à l'égard du maître de l'ouvrage pour la bonne execution de l'ensemble des travaux dans les délais impartis. Dans le groupement solidaire, les entrepreneurs s'engagent solidairement à l'égard du maître de l'ouvrage pour l'execution de la totalité des travaux prévus au marché. Un mandataire des entrepreneurs est désigné ; il représente les entrepreneurs vis-à-vis du maître de l'ouvrage et assure la bonne coordination des travaux ».

أنظر أيضا، آمنة سميع، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، 2004-2005، ص. 53.

المتقدمتين<sup>149</sup>. فيترك الخيار لصاحب المشروع، على حسب أهمية وضخامة مشروعه، فيمكنه التعاقد مع تجمع مؤسسات إذا كان المشروع ضخماً، فيلتزمون التزاماً جماعياً. كما يمكنه التعاقد مع عدة مقاولين من دون أن يشكلوا تجمعا، أي كل منهم يلتزم التزاماً فردياً، فيبرم صاحب المشروع عقداً له صفة عقد المقاول مع كل مقاول بصفة فردية على قدم المساواة من أجل تنفيذ عمل معين من المشروع<sup>150</sup>. ويعرّف هذا النوع الأخير من التعاقد بتعدد العقود أو التعاقد بالاشتراك، ويسميه البعض بالمقولة الاقترانية<sup>151</sup>. ومثال ذلك تعاقد صاحب المشروع مع مقاول لانجاز أساسات وهيكل البناء، وإبرامه لعقد ثانٍ لإتمام أعمال التهيئة وعقد ثالثٍ لإنجاز الأشغال التكميلية، وتسعى جميع هذه العقود لتحقيق هدف مشترك هو تشييد البناء محل المشروع، من دون الحاجة إلى إنشاء تجمع، وهي حالة تعدد العقود. وعليه، تبقى علاقة صاحب المشروع بكل مقولة علاقة فردية يحكمها العقد المبرم بينهما.

وفي هذا الشأن يرى البعض أن المشروع الذي يقام من قبل عدة منفذين، يمكن أن يطرح مسؤوليتهم التضامنية تجاه صاحب المشروع، لأنهم يتعاقدون مع هذا الأخير بعقود لها نفس الهدف ونفس الطبيعة القانونية وترد على نفس المشروع<sup>152</sup>.

وبناء على ما تقدّم، يمكن تمييز المقولة الفرعية عن ما يعرف بتعدد العقود أو التعاقد بالاشتراك أو بالاقتران، في أنّ المقاول الفرعي يتعاقد مع المقاول الأصلي ولا يتعاقد مع صاحب المشروع. فالعقد الفرعي عقد ينشأ بناءً على عقد المقولة الأصلي ويتبعه، أمّا

---

<sup>149</sup>- المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر، التي نصت على أنه " يمكن المتعامل المتعاقد أن يكون شخصاً أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات كما هو محدد في المادة 81 أدناه".

<sup>150</sup> - J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LECUYER et J.-M. MAROGER, *op. cit.*, n° 32314, p. 1365: « On se trouve en présence d'une pluralité de prestataires dans deux sortes d'hypothèses: celle de la co-traitance, ou le client passe des contrats distincts avec divers entrepreneurs qui vont concourir à la réalisation de la tâche à mener à bien; celle de la sous-traitance, ou l'entrepreneur chargé du travail convenu fait appel à d'autres prestataires qui vont y collaborer, sous sa responsabilité » et Dict. perm. dr. aff., *Prestations de services*, 2006, n° 56, p. 2279.

<sup>151</sup> - سامي محمد، المرجع السالف الذكر، ص. 73.

<sup>152</sup> - R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 9, p. 5.

في تعدد العقود فإن كل متعاقد يتعاقد مباشرة مع صاحب المشروع، وكل عقد يعد عقد مقاوله أصلي وليس عقدا فرعيا، ويحق لكل مقاول التعاقد فرعيا مع مقاولين آخرين<sup>153</sup>. وتأسيسا على هذا التمييز، أعاد مجلس القضاء الفرنسي «Versailles»، تكييف العلاقة التعاقدية بين مقاولين قاموا بتنفيذ أشغال، من التعاقد بالاشتراك أو بالاقتران إلى تعاقد فرعي، لأن في الواقع صاحب المشروع لم يكن متعاقدًا إلا مع مقاول واحد فقط، أما المقاول الثاني فقد أنجز الأشغال في إطار مقاوله فرعية. وبذلك، يقع على عاتق قضاة الموضوع إعطاء تكييف قانوني صحيح للعلاقات التعاقدية بين صاحب المشروع والمتدخلين من أجل إنجاز العمل المتفق عليه، لتحديد الأحكام الواجبة التطبيق<sup>154</sup>.

#### رابعاً: التمييز بين المقاولات الفرعية والعقود المتتابعة *Les contrats successifs*

يقصد بالعقود المتتابعة تلك العقود التي تتابع في تاريخ انعقادها، مع تعلقها بمحل مشترك. بمعنى ارتباط عدة تصرفات بعقود متتابعة ومرتبطة فيما بينها حيث تشكل سلسلة تعاقدية<sup>155</sup>. ويقصد بالعقود المتتابعة في مجال مقاولات البناء مجموع العمل الذي يوكل إلى عدة مقاولين بالتتابع فيبرم كل منهم عقد مقاوله يتبع العقد الذي يسبقه، وكل مقاول مسؤول

<sup>153</sup> - D. LEGAIS, *op. cit.*, n° 6, p. 244 et P. MALAURIE; L. AYNES et P.- Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 2<sup>ème</sup> éd., Defrénois, 2005, n° 757et s., p. 431.

<sup>154</sup> - CA Versailles, 19<sup>e</sup> ch., 25 janvier 2008, JCP E 2008, n° 1319 : « *Le juge, sans encourir le grief de dénaturation, est habilité à requalifier en contrat de sous-traitance l'accord dénommé contrat de « co-traitance » par deux entreprises de travaux, le maître d'ouvrage, qui n'a traité qu'avec l'une d'entre elles, n'y étant pas partie. Il apparaît que, nonobstant la qualification erronée de co-traitance donnée par les parties à leur propre convention, la société concernée a réalisé des travaux afférents à un lot en sous-traitance de l'entreprise principale – faisant l'objet d'une procédure collective- au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1975, Il s'ensuit que c'est à bon droit que le tribunal a requalifié la convention litigieuse en contrat de sous-traitance ».*

<sup>155</sup> - يجب تمييز العقود المختلطة التي تجمع أكثر من تصرف قانوني في عقد واحد كالإيجار بالبيع مثلا، عن العقود المتتابعة التي تظم عدة عقود بموضوع واحد. انظر بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السالف الذكر، بند 28، ص. 51، وعلي سليمان، المرجع السابق، بند 20، ص. 19.

على العمل الموكل إليه بصفة منفردة، إلا إذا اشترط التضامن فيما بينهم<sup>156</sup>. وتتميز العقود المتتابعة بأن وجود العقد الأول يسمح بوجود العقد الثاني، ووجود الثاني يسمح بوجود الثالث، فنصبح أمام سلسلة عقدية متتابعة. وقد يحدث أن تختلط هذه العمليات التعاقدية بالتعاقد الفرعي، نظرا لاشتراك العمليات العقدية في نفس الموضوع، كما يشترك العقد الفرعي مع العقد الأصلي في نفس المحل أيضا.

وتظهر أهمية التمييز بين المقولة الفرعية والعقود المتتابعة في إنجاز المشاريع الضخمة التي تحتاج إلى تدخل أكثر من مقولة. فيبرم عقد مقولة بين صاحب المشروع والمقاول، الذي بدوره يبرم عقد مقولة فرعي مع مقاول آخر، هذا الأخير، قد يبرم عقد مع مقاول فرعي آخر وهكذا تتعدد التعاقدات حتى تشكل سلسلة تعاقدية فرعية (*sous-traitance en chaine*) وفي هذه الحالة، يجب النظر إلى طبيعة كل عقد يشكل حلقة من السلسلة التعاقدية، فإذا كان العقد يحتوي عناصر المقولة الفرعية، تطبق عليه أحكام المقولة الفرعية، أما إذا كان العقد من طبيعة أخرى، فلا تطبق أحكام المقولة الفرعية، ويطبق على كل عقد من عقود السلسلة، الأحكام القانونية الخاصة به<sup>157</sup>.

يتضح مما سبق، بأن التتابع التعاقدية يقوم على وحدة الطبيعة القانونية بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، أي تكييف العقدين تكييفاً موحداً على أساس أن كلاهما عقد مقولة. ومن ثم فإن تكييف عقد تابع لعقد المقولة على أنه عقد مقولة فرعي لا يمكن، ما

---

<sup>156</sup> - P. MALAURIE, L. AYNES, et P.- Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 759, p. 431: « *Lorsqu'un même travail d'ensemble est confié successivement à plusieurs entrepreneurs, chacun n'est responsable que de son propre fait, sauf clause de solidarité* ».

<sup>157</sup> - مثلاً، يبرم "أ" صاحب المشروع عقد مقولة مع "ب" هذا الأخير يبرم عقد مقولة فرعي مع "ج"، الذي يبرم هو الآخر عقداً فرعياً مع "د"، ثم يبرم هذا الأخير عقد توريد مع "هـ"، فإن "ج" و"د" يعتبران مقاولان فرعياً، ويطبق عليهما أحكام المقولة الفرعية، أما "هـ"، فلا يعد مقاولاً فرعياً، لأن التعاقدات الفرعية انقطعت بإبرام عقد التوريد، فلا يستفيد "هـ" من أحكام المقولة الفرعية، ولا يمكنه ممارسة الدعوى المباشرة ضد "أ".

En ce sens, A. BENABENT, *Sous-traitance des marchés des personnes privées*, *op. cit.*, n°37, p. 17 et R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 8, p. 4.

لم يتم إبرامه في إطار عقد مقالة<sup>158</sup>. وتفسر وحدة الطبيعة القانونية بين العقد الفرعي والعقد الأصلي في وحدة المحل، فموضوع المقابلة الفرعية محدد بمحل المقابلة الأصلية. ولا يشترط أن يكون الإتحاد في المحل اتحاداً كلياً، بل يكفي أن يكون اتحاد جزئي بين العقد التابع والعقد السابق حتى تتحقق وحدة الطبيعة القانونية بين العقدين.

ويجوز للمقاول الأصلي أن يتفق على إبرام عقود فرعية مع مقاولين آخرين قبل إبرامه للعقد الأصلي حتى يضمن مشاركتهم في تنفيذ المشروع، فتتسأ بذلك علاقات بين أطراف المقابلة الفرعية قبل إبرام العقد الأصلي وتفسر هذه العلاقات على أنها وعد بالتعاقد<sup>159</sup>، فالمقاول الفرعي يقدم وعداً للمقاول الأصلي بإبرام العقد مستقبلاً. ولا ينتج عن هذه العلاقات تعاقد فرعي، لأنّ الوعد بالتعاقد يسبق مرحلة إبرام العقد نهائياً<sup>160</sup>.

ويمكن القول، أن العقود المتتابعة تختلف عن التعاقد الفرعي في مسألة بديهية، وتتمثل هذه المسألة في أن العقود المتتابعة يشترط أن يكون فيها عقد أول حتى توجد باقي العقود المتتابعة التالية، فينتفي العقد الأول بمجرد إبرام العقد الثاني. أما في المقابلة الفرعية فإن وجود العقد الفرعي لا يترتب عليه اختفاء العقد الأصلي، بل بالعكس فإن وجود العقد الأصلي يعتبر شرط لوجود العقد الفرعي. كما أن العقود المتتابعة يمكن فصلها عن بعضها البعض. أما العقد الأصلي فيستحيل فصله عن العقد الفرعي.

### خامساً: التمييز بين المقاولات الفرعية والعقود المكملّة

#### (Les contrats complémentaires)

<sup>158</sup>- آمنة سميع، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، المرجع السالف الذكر، ص. 46.

<sup>159</sup>- المادة 71 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. وإذا اشترط القانون لتمام العقد استقاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضاً على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

<sup>160</sup>- انظر في هذا الموضوع علي سليمان، المرجع السابق الذكر، ص. 46 وما يليها ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، بند 112، ص. 133.

يقصد بالعقود المكملة تلك العقود التي يبرمها أطراف العقد أنفسهم في فترة تالية لإبرام العقد الأصلي، وتلحق به بغية تكملة هذا العقد. ويرى الفقه<sup>161</sup> أن العقود المكملة تنشأ لتسهيل أو تحسين تنفيذ العقد الأصلي، فيلعب العقد الأول في هذه العقود دورا محوريا لكونه شرطا لوجود العقد الثاني الذي يظل تابعا للعقد الأول أو مكملا له<sup>162</sup>.

وينتسب عقد المقاولة الفرعي مع العقد المكمل في أن كلا منهما ينشئان عن عقد أصلي في فترة تالية على إبرامه، بهدف تنفيذه أو تسهيل ذلك. غير أن العقود المكملة تبرم بين أطراف العقد الأصلي ولا وجود لشخص ثالث في العلاقات التعاقدية التكميلية، على خلاف المقاولة الفرعية التي تستلزم وجود شخص الثالث وهو المقاول الفرعي الذي يتعاقد مع المقاول الأصلي الذي يعد الطرف الثاني للعقد الأصلي.

كما تختلف الطبيعة القانونية للعقود المكملة عن طبيعة العقد الأصلي، فعند لجوء المقاول الأصلي إلى إبرام عقود عمل مع مجموعة من العمال لتنفيذ عقد المقاولة، فيأخذ العقد المكمل طبيعة عقد العمل التي تختلف عن طبيعة عقد المقاولة. أما في المقاولة الفرعية فالعقد الفرعي يحتفظ بنفس الطبيعة القانونية للعقد الأصلي، ويعد كليهما عقد مقاولة.

### المبحث الثاني: تكوين عقد المقاولة الفرعية للبناء

بالرغم من اعتبار المقاولة من الباطن عقدا يتفرع عن عقد أصلي وهو عقد المقاولة، إلا أن عقد المقاولة الفرعية يعد، من الناحية القانونية، عقدا كسائر العقود. وبذلك، فهو يخضع لأحكام نظرية التعاقد الواردة في الشريعة العامة، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمقاولات من الباطن، سواء المنصوص عليها في القانون المدني ضمن فصل عقد المقاولة، بالنسبة لمشاريع البناء الخاصة، أو المنصوص عليها في تشريع الصفقات

<sup>161</sup> - R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 10, p. 5 : « le sous-contrat n'est pas non plus un simple contrat accessoire, ce dernier est certes destiné à faciliter ou améliorer l'exécution du contrat principal ».

<sup>162</sup> - سامي محمد، المرجع السالف الذكر، ص. 68.

العمومية، متى تعلّق الأمر بمشروع بناء عام، أي صفقة عمومية. وبما أن عقد المقاول الفرعي يستلزم وجود سابق لعقد المقاول الأصلي، يجب دراسة مدى اشتراط موافقة صاحب المشروع على التعاقد الفرعي من عدمه.

وعليه، يقتضي الأمر تبيان الشروط اللازمة للتعاقد الفرعي في المطلب الأول، ثم الإجراءات المتبعة لذلك في المطلب الثاني.

### **المطلب الأول: الشروط اللازمة لصحة التعاقد الفرعي في مقاولات البناء**

بما أن المقاول من الباطن تنشأ عن تعاقد بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، فإنها تخضع في صحتها لضرورة توافر شروط انعقادها. وتتشرك في صحة انعقادها مع كافة العقود فيما يتعلّق بالشروط العامة، وتختص بشروط خاصة بها، يستلزم توافرها حتى يكون التعاقد الفرعي صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية.

وبذلك، يستلزم الأمر تحديد الشروط العامة لإبرام عقد المقاول من الباطن (الفرع الأول)، قبل الشروط الخاصة به (الفرع الثاني).

### **الفرع الأول: الشروط العامة لصحة عقد المقاول من الباطن**

أجازت القواعد العامة التعاقد الفرعي في العديد من العقود الخاصة<sup>163</sup>، طالما لا يوجد نص قانوني أو اتفاق يمنع وجوده. غير أنّ العقد الفرعي وإن كان ناشئاً عن عقد سابق، إلا أنه في الحقيقة يعتبر بدوره عقد، لا بد من أن تتوافر فيه الشروط العامة لانعقاده كونه يربط شخصين بعلاقة تعاقدية.

---

<sup>163</sup>- كعقد الوكالة وعقد الإيجار وعقد المقاول.

بيّن المشرع شروط التعاقد في القسم الثاني من الفصل الثاني المخصص للعقد من الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات والعقود من القانون المدني<sup>164</sup>. ولذلك، فهي شروط عامة تشترط لإبرام أي عقد، سواء كان عقداً أصلياً أم عقداً فرعياً. ويؤدي تخلف شرط من هذه الشروط إلى بطلان العقد، قد يكون بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً. ومن ثم، لا يصح عقد المقابلة الفرعية إلا بتوافر هذه الشروط، وهي ما تسمى بشروط صحة التعاقد. وتتحدد هذه الشروط في: الرضا، المحل والسبب.

### أولاً: وجود التراضي

ينعقد العقد عموماً، بمجرد تطابق التعبير عن الإرادة الصادر عن طرفاه، إلا إذا اشترط القانون شكلاً معيناً لتتمام العقد، فلا يتم إلا بعد استفاء هذا الشكل<sup>165</sup>. والمقصود بتطابق التعبير عن الإرادة هو التراضي. والذي يعرف بتطابق القبول مع الإيجاب الموجه إليه بقصد إحداث أثر قانوني<sup>166</sup>. تطبيقاً لذلك، فإنه لانعقاد المقابلة يجب أن يتطابق الإيجاب والقبول بين صاحب المشروع ومقابل البناء، ليتم التراضي على العمل موضوع

---

<sup>164</sup>- تجدر الإشارة إلى تقسيم المشرع القسم الثاني المتعلق "بشروط العقد" قبل تعديله إلى ثلاثة عناصر هي 1-الرضا، 2-المحل والسبب، 3-إبطال العقد وبطلانه. فأدرج البطلان ضمن شروط العقد، وهذا ما انتقده كثير من الفقه لعدم إمكانية اعتبار البطلان ضمن شروط العقد، بل هو جزء لعدم توافر تلك الشروط أو عدم صحتها، مما دفع بالمشرع إلى تصحيح خطئه بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والمتضمن تعديل وتنظيم القانون المدني، فأصبح القسم الثاني يشمل شروط العقد العامة، أو ما يسمى بأركان العقد الكلاسيكية وهي 1-الرضا، 2-المحل، 2 مكرر-السبب، وخص للبطلان قسم مستقل وضعه بعد القسم الخاص بشروط العقد في القسم الثاني مكرر تحت عنوان "إبطال العقد وبطلانه".

<sup>165</sup>- المادة 59 ق. م. ج.

<sup>166</sup>- والمقصود هنا هو التراضي وليس الرضا، لأن هذا الأخير يصدر من جانب واحد، أما التراضي كركن في العقد يصدر من طرفين. أنظر في هذا الموضوع علي سليمان، المرجع السالف الذكر، بند 26، ص. 28.

العقد. ويتم التراضي في المقاولة الفرعية بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي على ماهية العقد، إذ يستلزم أن يكون العقد عقدا فرعيا وليس عقدا مكملا، والعمل الذي يؤديه المقاول الفرعي للمقاول الأصلي، والأجر الذي سينقضاه منه. وعليه، فإن أطراف عقد المقاولة الفرعية، يتحددان في المقاول الأصلي من جهة، والمقاول الفرعي من جهة ثانية، أما صاحب المشروع، فلا يعد طرفا في العقد.

وكما قدمنا، فإن الإرادة هي قوام العقد، فإن انعدمت أصبح العقد باطلا وغير موجود. وقد تكون الإرادة موجودة ولكنها معيبة بعيب من العيوب، ففي هذه الحالة يكون العقد قابلا للإبطال. وعليه، لا بد أن يكون التراضي صحيحا وذلك بأن يكون صادرا من ذي أهلية<sup>167</sup>، فكل شخص مكتمل الأهلية، يكون أهلا للتعاقد، ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدتها بحكم القانون<sup>168</sup>.

وباعتبار أن المقاولة عملا تجاريا سواء تعلق الأمر بالمقاولات الأصلية أو المقاولات الفرعية يشترط في القائم بها الصفة التجارية<sup>169</sup>. فإذا كان المقاول شخصا طبيعيا، يتوجب بلوغه سن الرشد، الذي يتحدد باكتمال الشخص تسعة عشر سنة وتمتعه بجميع قواه العقلية وألا يكون محجورا عليه<sup>170</sup>. أما إذا كان قاصرا فلا يكون مؤهلا لإبرام هذا العقد إلا إذا

---

<sup>167</sup>- تعتبر أحكام الأهلية من النظام العام بحيث لا يجوز لأحد التنازل عنها أو تغيير أحكامها، وهذا ما جاء في المادة 45 من القانون المدني الجزائري. ونقصد هنا أهلية الأداء وهي صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية، فإذا انعدمت الأهلية انعدمت الإرادة ووقع العقد باطلا بطلانا مطلقا (كحالة الصبي غير المميز، والمجنون والمعتوه). أما إذا كانت الأهلية ناقصة، فيجب تحديد المنفعة التي تعود للقاصر من التصرف حتى يكون صحيحا، وفي هذا الشأن يقتضي الرجوع إلى أحكام قانون الأسرة طبقا للمادة 79 ق. م. ج. (كحالة الصبي المميز، والسفيه وذي الغفلة).

<sup>168</sup>- المادة 78 ق. م. ج.

<sup>169</sup>- المادة 2 ق. ت. ج.

<sup>170</sup>- المادة 40 ق. م. ج.

توافرت فيه شروط الترشيد لممارسة الأعمال التجارية المنصوص عليها قانوناً<sup>171</sup>، والتي تتلخص في تمام القاصر سن ثمانية عشرة سنة أو الحصول على إذن وليه الشرعي المتمثل في الأب وفي حالة سقوط الولاية عنه فالأم، أو مجلس العائلة، مصادق عليه من المحكمة مع إلزامية قيد هذا الإذن في السجل التجاري. غير أنه، ونظراً للخطورة التي تحيط بنشاط مقاولات البناء، قد لا يرخص القاضي للقاصر إنشاء مقولة بناء، ويكون من الحكمة انتظار بلوغه سن الرشد القانوني المذكور أعلاه.

أما إذا كان المتعاقد شخصاً معنوياً، فيشترط أن يكون مؤهلاً قانوناً للقيام بالتصرفات التجارية، وذلك متى اعترف له المشرع بالشخصية القانونية. وفي هذه الحالة يتولى فعلياً إبرام العقد ممثله القانوني، الذي يتصرف باسم الشخص المعنوي ولحسابه<sup>172</sup>.

ولا يكفي حتى يكون التراضي صحيحاً، أن تتوافر في الأطراف الأهلية اللازمة لإبرام العقد الفرعي، بل يجب أن تكون إرادة كل منهما خالية من العيوب. والتي تتمثل في الغلط، التدليس، الإكراه والغبن. ولقد أجاز المشرع لمن وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، طلب إبطاله. ويكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسام، بحيث يتمتع معه المتعاقد من إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط<sup>173</sup>. ويكون الغلط جوهرياً في عقد المقولة الفرعية، إذا وقع في شخصية المقاول أو في العمل المراد انجازه. وترجع جوهرية الغلط في شخصية المقاول، لما لهذه الأخيرة من أهمية في إبرام عقود المقولة التي تعد عقود ذات طابع شخصي.

أما الغلط المادي أو ما سماه المشرع بالغلط في القلم، أو الغلط في الحساب فلا يؤثر على صحة العقد، غير أن المشرع ألزم بتصحيحه<sup>174</sup>، بحيث يكون عقد المقولة الفرعية صحيحاً لازماً لطرفيه رغم وجود ذلك الغلط في الكتابة أو في الحساب. ويجوز للمتعاقد الذي

---

<sup>171</sup>- المادة 5 ق. ت. ج.

<sup>172</sup>- المادتان 49 و 50 ق. م. ج.

<sup>173</sup>- المادتان 81 و 82 ق. م. ج.

<sup>174</sup>- المادة 84 ق. م. ج.

وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب من القضاء إبطاله. ويقع عبء إثباته وفقا للمبادئ العامة على من يدعيه، فيثبت أن الغلط بجسامته هو الذي دفعه إلى التعاقد، ويكون ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن، غير أنه لا يمكن التمسك بالدفع بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقتضيه مبدأ حسن النية<sup>175</sup>.

وتقضي نفس الأحكام، بأنه يجوز إبطال العقد إذا شابته إرادة أحد المتعاقدين تدليسا باستعمال طرق وحيل تجعل المتعاقد الآخر يبرم العقد<sup>176</sup>، أو تعاقد المقاول بطريق الإكراه، أي إجبار المقاول بغير حق على القيام بعمل دون رضاه<sup>177</sup>. أو إذا تبث في عقد المقاوله من الباطن أن هذا العقد تم نتيجة غبن من أحد المتعاقدين، كان للمقاول المغبون المطالبة بإبطال العقد<sup>178</sup>. غير أنه من المستبعد حصول هذه العيوب في عقد المقاوله من الباطن، نظرا لتمتع طرفيه بالمهنية والخبرة بصفتهما يتصفان بشخصية المقاول.

### ثانيا: المحل أو موضوع التعاقد الفرعي

لا يكفي لإبرام العقد الفرعي وجود عقد أصلي سابقا له، بل يتعين اتحاد العقدين - الفرعي والأصلي- في المحل. ولتحقق الوحدة في المحل بين العقدين، لابد وأن يرد محل التزام المتعاقد الفرعي على كل أو بعض الالتزام المحدد في العقد الأصلي.

#### أ- العمل في عقد المقاوله الفرعية

يلتزم المقاول الفرعي بتنفيذ العمل الذي اتفق عليه مع المقاول الأصلي، وقد يكون هذا العمل يشمل كل العمل الذي التزم المقاول الأصلي بتنفيذه عند تعاقد مع صاحب المشروع أو جزءا منه فقط. فقد يتعاقد المقاول الأصلي مع مقاول فرعي واحد لتنفيذ كل

<sup>175</sup>- المادة 85 ق. م. ج.

<sup>176</sup>- المادتان 86 و 87 ق. م. ج.

<sup>177</sup>- المادة 88 ق. م. ج.

<sup>178</sup>- المادة 90 ق. م. ج.

العمل المحدد في عقد المقاولة الأصلي. أو يتعاقد مع عدة مقاولين فرعيين، ويجزئ العمل عليهم، فله الخيار في ذلك. باستثناء التعاقد الفرعي في الصفقات العمومية، الذي لا يمكن أن يشمل كل العمل موضوع الصفقة، بل ألزم المشرع أن يكون التعاقد الفرعي في مجال الصفقات العامة، جزئي وليس كلي، ويلتزم المقاول بالتنفيذ الشخصي لما تبقى من الصفقة. فيجب تحديد مجال التعاقد الفرعي في الصفقة ذاتها وفي دفتر الشروط، ولا يمكن تجاوز هذا التحديد وفي حالة المخالفة تقوم مسؤولية المقاول<sup>179</sup>.

أما المشرع الفرنسي، وبعد ما كان يسمح بشمول التعاقد الفرعي جميع الأشغال المحددة في عقد المقاولة أو في الصفقة العامة<sup>180</sup>، عدل من موقفه، وأصبحت المادة الأولى من قانون التعاقد الفرعي المعدلة بالقانون رقم 1168-2001 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001، تمنع التعاقد الفرعي الكلي للصفقة العمومية، ولا تسمح إلا بالتعاقد الفرعي الجزئي للصفقة<sup>181</sup>. ولكن لا التشريع ولا القضاء حددا الحد الأدنى للأشغال التي يمكن التعاقد بشأنها من الباطن، بسبب اختلاف العمل محل التعاقد من صفقة إلى أخرى، تاركا للإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع تحديد مجال التعاقد من الباطن بموجب دفتر الشروط والصفقة ذاتها. أما إذا تعلق الأمر بعقد مقاولة بين الخواص، فيجوز أن يشمل التعاقد الفرعي كامل العمل محل العقد الأصلي<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup>- المواد 140، 141 و 143 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

<sup>180</sup> - Art. 1<sup>er</sup>, L. 75-1334 du 31 décembre 1975 : « *Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* ».

<sup>181</sup> - Art. 1<sup>er</sup> al. 1, L. 75-1334, mod. par L. n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, JORF 12 décembre 2001: « *Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* ».

<sup>182</sup> - B. SABLIER, J.-E. CARO et S. ABBATUCCI, *op. cit.*, p. 45.

وبذلك، يتمثل محل عقد المقاولة الفرعية في كل أو جزء العمل موضوع عقد المقاولة الأصلي. ويخضع العمل محل عقد المقاولة للشروط العامة التي يخضع لها محل أي عقد، فلا بد أن يكون ممكناً لا مستحيلاً، فإذا كان كذلك أو مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً<sup>183</sup>.

كما يجب أن يكون العمل موضوع التعاقد الفرعي معيناً أو قابلاً للتعين. ويكون العمل معيناً إذا ذكرت طبيعته وأوصافه، فإذا كان التعاقد على بناء كان تعيينه بوضع تصميمات له، وهي الرسوم التي يضعها المهندس المعماري المقترنة بدفتر الشروط لبيان الأعمال المطلوبة وشروط تنفيذها، وكذا المقاييس التي تظهر مقامات البناء ومقدار المواد وصفاتها وثمنها، كان العمل معيناً.

وتطبيقاً لقاعدة الفرع يتبع الأصل، فإن محل عقد المقاولة الفرعية يكون باطلاً متى كان محل عقد المقاولة الأصلية باطلاً. ولكن العكس لا يكون صحيحاً في كل الحالات. فلا يصح محل المقاولة الفرعية بصحة محل المقاولة الأصلية، لأن المفاوض الأصلي قد يتعاقد من الباطن مع مقاول لتنفيذ أعمال منع صاحب المشروع من تنفيذها من الباطن، أو تعد من الأعمال الملزم تنفيذها شخصياً من المقاول، بالنظر إلى مهارات يدوية، لا يملكها مقاول آخر في نظر صاحب المشروع<sup>184</sup>. وهذا ما يعرف في التعاقد الفرعي في مقاولات البناء

---

<sup>183</sup>- المادة 93 ق. م. ج. المعدلة بالمادة 27 من القانون رقم 05-10، السالف الذكر، التي تنص على ما يلي: " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً". ويقصد بالنظام العام (*L'ordre public*) مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وهي مجموع النظم التي يراد بها تأمين سير المصالح العامة في الدولة، وضمان الثقة وحسن الآداب في علاقات الأفراد فيما بينهم. ولا يجوز لهؤلاء استبعادها في اتفاقاتهم، وإلا وقع هذا الاتفاق باطلاً. أما الآداب العامة (*Les bonnes mœurs*) فهي مجموع القواعد الأخلاقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة وزمن معين. أنظر في هذا الموضوع بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السالف الذكر، بند 99، ص. 149 وما يليها ومحمد صبري السعدي، المرجع السالف الذكر، بند 211، ص. 218.

<sup>184</sup>- المادة 564 ق. م. ج.، السالفة الذكر.

بالشرط المانع، وهو ما سيتم التعرّض له بالشرح والتحليل في الشروط الخاصة بعقد المقاولة من الباطن<sup>185</sup>.

### ب- الأجر في عقد المقاولة الفرعية

الأجر هو المقابل المالي الذي يلتزم المقاول الأصلي بدفعه للمقاول الفرعي مقابل قيام هذا الأخير بالعمل المعهود به إليه والمتفق عليه في العقد<sup>186</sup>.

فالأجر هو محل التزام المقاول الأصلي، وبما أنه كذلك فيخضع لشروط صحة المحل السابق ذكرها. إذ يجب أن يكون معيناً وإلا اعتبر العقد من عقود التبرع. ويجب أن لا يختلف الطرفان على مقداره، فإذا لم يتفقا عليه كانت المقاولة باطلة لعدم تحديد محل التزام المقاول الأصلي. أمّا سكوت الأطراف على تحديده تبقى المقاولة صحيحة، ويتكفل القانون بتحديدته، كما سأليناه أدناه<sup>187</sup>.

ولا بأس أن نشير إلى أن الأجر في مقاولات البناء قد يدفع جملة واحدة، أو على أقساط، وقد يكون نقداً أو أسهماً أو سندات وغيرها من الأموال المنقولة والعقارية. وقد يكون الأجر عمل، أو خدمة معينة كاتفاق محامي مع مقاول على بناء عقار أو ترميمه مقابل الاستشارات القانونية أو المرافعات التي يقدمها المحامي خلال فترة زمنية يتفقان عليها.

غير أن المشرع الجزائري تطرق إلى مسألة تحديد الأجر بموجب مقايضة على أساس الوحدة (*devis à base unitaire*) أو تحديده إجمالياً وجزافياً على أساس تصميم متفق عليه (*prix global et forfaitaire*). فإذا أبرم العقد بموجب مقايضة على أساس الوحدة، فعلى المهندس المعماري أن يساعد صاحب المشروع على حساب قيمة الأجر بعد إتمام البناء. أما

---

<sup>185</sup>- الفرع الثاني من المطالب الأول المتعلق بشروط صحة انعقاد المقاولة من الباطن من المبحث الثاني الخاص بتكوين عقد المقاولة الفرعي.

<sup>186</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السالف الذكر، بند 30، ص. 59.

<sup>187</sup>- أنظر أدناه، الفصل المتعلق بالتزامات المقاول الأصلي تجاه المقاول من الباطن.

إذا أبرم العقد على أساس أجر جزافي، فعلى المهندس أن يعلم رب العمل على عدم جواز تعديله والزيادة فيه، إذا كانت هذه التعديلات غير مسموح بها في العقد<sup>188</sup>.

تجدر الإشارة، إلى أنه ومن الناحية العملية، كثيرا ما يتبع أطراف عقد المقاولة الفرعية، طريقة تحديد الأجر المتبعة في إبرام عقد المقاولة الأصلية، وما هو متبع في الصفقات العمومية، أين بين المشرع بأحكام صريحة طريقة تحديد الأجر ودفعه. وتقضي هذه الأحكام الأخيرة بأن الأجر يحدد إما بالسعر الإجمالي والجزافي أو بناء على قائمة سعر الوحدة أو النفقات المراقبة أو بطريقة مختلطة<sup>189</sup>. وهذا ما سيتم دراسته بالتفصيل، عند التطرق إلى التزامات أطراف عقد المقاولة الفرعية لاحقا<sup>190</sup>.

### ثالثا: السبب في عقد المقاولة من الباطن

يقصد بالسبب الغرض الذي يهدف المتعاقد الوصول إليه من وراء رضائه<sup>191</sup>، أو الغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة التزامه. ويجب التمييز في هذا الصدد بين سبب الالتزام (*cause de l'obligation*) وهو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه. وسبب التعاقد (*cause de contrat*) وهو الدافع الباعث إلى التعاقد، أي الباعث الذي جعل المتعاقد يقدم على إبرام التصرف، وهو أمر شخصي يختلف من متعاقد إلى آخر<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup>- المادتين 560 و 561 ق. م. ج.

<sup>189</sup>- المادة 96 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

<sup>190</sup>- أنظر أدناه، الفصل الأول من القسم الثاني والمتعلق بالآثار المترتبة عن التعاقد من الباطن في مقاولات البناء.

<sup>191</sup>- محمد صبري السعدي، المرجع السالف الذكر، بند 214، ص. 222.

<sup>192</sup>- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السالف الذكر، بند 105، ص. 157.

ويخضع سبب التعاقد في المقابلة الفرعية للأحكام العامة للسبب، أي لأحكام العنوان الثاني مكرر من الفصل المتعلق بالعقد من كتاب الالتزامات والعقود من القانون المدني<sup>193</sup>. وباعتبار السبب ركن من أركان العقد، فيجب أن يكون موجوداً، فإذا انعدم بطل العقد، إلا أنه لا يشترط التصريح به في العقد. وقد افترض المشرع لكل التزام سبباً مشروعاً، وهي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها. ويعد السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي للتعاقد، ما لم يقد الدليل على خلاف ذلك. ويقع عبئ إثبات صورية السبب المذكور في العقد على المتعاقد الذي يدعي ذلك<sup>194</sup>.

ويشترط في سبب عقد المقابلة الفرعية، على غرار السبب في جميع العقود، أن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً<sup>195</sup>.

### الفرع الثاني: الشروط الخاصة لصحة عقد المقابلة من الباطن

لا يكفي توافر الشروط العامة الكلاسيكية السابقة الذكر لوحدها لصحة عقد المقابلة من البطن، وإنما يجب توافر شروط خاصة لذلك. فباعتبار عقد المقابلة من العقود الخاصة، فهو يخضع في صحته لشروط خاصة، ونفس الأمر ينطبق على عقد المقابلة من الباطن باعتباره عقداً يتفرع عن عقد المقابلة الأصلي. فيجب اجتماع الشروط العامة مع الشروط الخاصة لصحة التعاقد الفرعي في عقد المقابلة. وتتمثل الشروط الخاصة لصحة عقد المقابلة من الباطن فيما يلي:

### أولاً: انعدام الشرط المانع من التعاقد الفرعي في عقد المقابلة

---

<sup>193</sup>- استحدث المشرع العنوان الثاني مكرر الخاص بالسبب من القسم الثاني المتعلق بشروط العقد بموجب المادة 28 من القانون رقم 05-10، المعدل والمتمم للقانون المدني، وهذا بعد ما كان المشرع يجمع بين ركني المحل والسبب في عنوان واحد.

<sup>194</sup>- المادة 98 ق. م. ج.

<sup>195</sup>- المادة 97 ق. م. ج.

اعتمادا على مبدأ " الفرع يتبع الأصل " فلا يصح عقد المقاولة من الباطن إلا بصحة عقد المقاولة الأصلي، ولا يكفي هذا الأمر، وإنما يجب أن لا ينص عقد المقاولة على شرط يمنع من التعاقد الفرعي. فبالرغم من خضوع عقد المقاولة الفرعية لمبدأ حرية التعاقد وسلطان الإرادة، فقد قيد المشرع هذه الحرية بعدم نص العقد الأصلي على بند يمنع اللجوء إلى المقاول الفرعي. فبالرجوع إلى المادة 564 من القانون المدني التي نصت على ما يلي " يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضى الاعتماد على كفاءته الشخصية. ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل". وبذلك، فقد جعل المشرع جواز اللجوء إلى التعاقد الفرعي في عقد المقاولة الأصلي، والشرط المانع الاستثناء.

ويقصد بالشرط المانع " حالة اتفاق صاحب العمل والمقاول على عدم جواز قيام الأخير بأن يعهد بالعمل المكلف به إلى مقاول آخر". ويرى الفقه أنه لا يتحتم أن يكون الشرط المانع مذكورا صراحة في العقد، فقد يكون بموجب اتفاق لاحق. بل ويجوز استخلاصه ضمنا من ظروف التعاقد. وفي هذه الحالة لا بد من وجود دلائل قاطعة تثبت بأن إرادة صاحب المشروع قد اتجهت إلى الموافقة على المقاول الفرعي. وإذا قام شك في أن هناك شرط مانع ضمني، فيعتبر الشك في معنى المنع فيحرم على المقاول التعاقد من الباطن إلا إذا أذن له صاحب المشروع<sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السالف الذكر، بند 18 ، ص. 209، سامي محمد، المرجع السالف الذكر، ص. 43 وعدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة: المقاولة، الوكالة، الكفالة، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص. 93.

A. BENABENT, *Droit civil: les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> éd., 2011, n° 863, p. 416, et R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 29, p. 11.

ولا يمنع الشرط المانع المقاول من الاستعانة بأشخاص فنيين وتقنيين لإنجاز المشروع، ما دام أنهم ليسوا مقاولين من الباطن بل كانوا عمال عند المقاول بعقد عمل، وليس بعقد مقاول<sup>197</sup>.

ويجب عدم الخلط بين الشرط المانع للتعاقد الفرعي، وشرط الحصول على موافقة صاحب المشروع. وهذا ما يؤدي إلى ضرورة التمييز بين المشاريع الخاصة والمشاريع العامة أو ما يسمّى بالصفقات العمومية. ففي المشاريع الخاصة يشترط القانون المدني في مادته 564، السالفة الذكر، انعدام الشرط المانع من التعاقد الفرعي في عقد المقاول الأصلي، فهذا لا يعني اشتراط موافقة صاحب المشروع على المقاول الفرعي. فلا يكون المقاول ملزماً بالحصول على موافقة صاحب المشروع إذا لجأ للتعاقد الفرعي، ما دام أن العقد الأصلي لا يحمل شرطاً مانعاً، ولم يحصل اتفاق لاحق عن ذلك المنع قبل التعاقد الفرعي، إلا إذا اشترط صاحب المشروع موافقته بموجب بند صريح. أما في المشاريع العامة، فقد وضع المشرع شروطاً خاصة للجوء إلى التعاقد الفرعي، إذ اشترط تحديد مجال اللجوء إلى التعاقد الفرعي في الصفقة وفي دفتر الشروط، ويأتي هذا الشرط كتفسير لاشتراط تشريع الصفقات العمومية التعاقد الفرعي في جزء من الصفقة، ولا يجوز التعاقد فرعياً على كامل الصفقة<sup>198</sup>.

إضافة، إلى ضرورة خلو الصفقة من الشرط المانع للتعاقد الفرعي وتحديد مجاله، فإن تشريع الصفقات العمومية يشترط موافقة صاحب المشروع أي المصلحة المتعاقدة على المقاول الفرعي. ولا تمنح هذه الموافقة إلا بعد تأكد المصلحة المتعاقدة من مؤهلات ومواصفات المقاول الفرعي المهنية ووسائله البشرية والمادية ومدى مطابقتها للأعمال محل التعاقد الفرعي. كما يشترط كذلك في التعاقد الفرعي عدم وجوده في حالة من الحالات المقصية من المشاركة في الصفقات العمومية، فقبل موافقة المصلحة المتعاقدة عليه، يتعين

---

<sup>197</sup>- قذري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد المقاول، مناطها، ظوابطها، أطرها في التشريع المصري، العربي، الأجنبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، بند 137، ص. 237.

<sup>198</sup>- المادة 140 و143 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور أعلاه.

عليها التأكد من عدم إقصائه من الصفقات العمومية، وهي الحالات المنصوص عليها في تشريع الصفقات العمومية<sup>199</sup>.

وبذلك، فإن التعاقد الفرعي في المشاريع الخاصة يتميز عن التعاقد الفرعي في المشاريع العامة، في أنّ الأول لا يشترط موافقة صاحب المشروع على المقاول الفرعي، في حين يشترط الثاني ذلك إضافة إلى خلو عقد المقاولة الأصلي أو الصفقة من الشرط المانع.

وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي المتعلق بالتعامل الثانوي، يجب على المقاول الحصول على موافقة صاحب المشروع، عندما يريد اللجوء إلى التعاقد من الباطن<sup>200</sup>، وهو الإجراء الذي أكدته قانون الصفقات العمومية<sup>201</sup>. وبذلك يضاف إلى ضرورة خلو عقد المقاولة الأصلي من الشرط المانع للتعاقد الفرعي في التشريع المذكور، التزام المقاول أثناء إبرام العقد وخلال فترة سريانه أن يعلم صاحب المشروع عن المقاولين الفرعيين الذين يقاولهم، ويخضعهم لموافقته. كما تشترط الأحكام المذكورة ضرورة اعتماد شروط الدفع من قبل صاحب المشروع والخاصة بكل عقد مقاولة من الباطن على حدا. بمعنى أنّ المشرع الفرنسي قد كرس مبدأ قبول المقاول الفرعي في مجال الصفقات العامة والصفقات الخاصة، إذ أوجب على كل مقاول يريد تنفيذ عقد أو صفقة باللجوء إلى مقاولين فرعيين أن يجعل كل واحد منهم مقبولا من طرف رب العمل، وموافقا على شروط أداء أجره، وذلك عند إبرام العقد أو الصفقة أو خلال تنفيذهما.

---

<sup>199</sup>- المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور أعلاه.

<sup>200</sup> - Art. 3, L. n° 75-1334, du 31 décembre 1975, relative à la sous-traitance : « L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande. Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant ».

<sup>201</sup>- Art. 112 al. 1 C. marchés : « le titulaire d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou d'un marché industriel peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement ».

وتعود المبادرة بطلب قبول المقاول من الباطن واعتماد شروط الدفع إلى المقاول الأصلي، الذي يملك وحده قرار اللجوء إلى المقاولة الفرعية. ولا يملك المقاول الفرعي هذا الحق، أي أن المقاول الأصلي هو الذي يقدم طلب قبول المقاول الفرعي إلى صاحب المشروع. وليس للمقاول الفرعي سوى التأكد من أن طلب قبوله قد قدم لرب العمل في الوقت المناسب. كما يلتزم المقاول الأصلي بتبليغ عقود المقاولة الفرعية لصاحب المشروع متى طلب ذلك.

وقد تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 86-13 المؤرخ في 6 يناير 1986، باستحداث المادة 14-1 من القانون رقم 75-1334، التي ألزمت رب العمل في عقود أشغال البناء والأشغال العمومية، إذا علم بوجود مقاول من الباطن في الورشة لم يعرض عليه لقبوله، أو اعتماد شروط أداء أجره، بإعذار المقاول الأصلي والمقاول الفرعي من الدرجة الأولى بتنفيذ هذا الإجراء<sup>202</sup>. وهذا ما أكدّه القضاء الفرنسي، عندما رتب مسؤولية صاحب المشروع الذي كان يعلم بوجود مقاول فرعي غير مقبول من طرفه، ولم يعتمد شروط دفع أجره، والذي لم يعذر المقاول الأصلي بتنفيذ التزاماته بهذا الشأن، بتحميله صاحب المشروع المسؤولية، على أساس علمه بوجود مقاول فرعي في الورشة لم يعرض على قبوله<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> - Art. 14-1, L. n° 75-1334, du 31 décembre 1975, crée par L. n° 86-13 du 6 janvier 1986, mod. par L. n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 et par art. 186, L. n° 2005-845 du 26 juillet 2005, JORF 27 juillet 2005: « Pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics: - le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3 ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5, mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ces obligations. Ces dispositions s'appliquent aux marchés publics et privés - si le sous-traitant accepté, et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions définies par décret en Conseil d'Etat, ne bénéficie pas de la délégation de paiement, le maître de l'ouvrage doit exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni la caution. Les dispositions ci-dessus concernant le maître de l'ouvrage ne s'appliquent pas à la personne physique construisant un logement pour l'occuper elle-même ou le faire occuper par son conjoint, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint. Les dispositions du deuxième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle lorsque le maître de l'ouvrage connaît son existence, nonobstant l'absence du sous-traitant sur le chantier. Les dispositions du troisième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle ».

<sup>203</sup> - Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 16 décembre 2008, RDC 2009, n° 2, p. 636, note P. PUIG : « Le maître de l'ouvrage, connaissant la présence sur le chantier de la société X en qualité de sous-traitant et ne s'étant pas

ويقدم طلب قبول المقاول الفرعي عند تقديم العرض، على أنه لا يشترط شكل معين لطلب القبول، وعمليا يجرى الطلب كتابة إما في بند خاص من العقد الأصلي، وهي الحالة التي يكون فيها المقاول قد عين المقاول الفرعي الذي سينفذ الأشغال قبل التعاقد النهائي، وإما يدرج الطلب في عقد لاحق<sup>204</sup>. وقد يقدم الطلب بعد إبرام الصفقة بين صاحب المشروع والمقاول وشروع هذا الأخير في مباشرة إنجاز الأعمال، فيمكن للمقاول الأصلي تقديم عرضه، ولكن قبل التنفيذ الكلي للمشروع<sup>205</sup>. فإذا قرر تنفيذ هذه الأعمال عن طريق التعاقد الفرعي، فإنه يصبح ملزماً بأن يقدم، لصاحب المشروع رسالة مضمونة مع إشعار بالتسلم، التصريح الخاص بالمقاولة الفرعية مع التزامه بتقديم إثبات عدم وجود حوالة أو رهن للدين من شأنهما الحلول دون الأداء المباشر.

ويتم القبول إما صراحة أو ضمناً، فألزمت المادة الثالثة من القانون رقم 75-1334، السالفة الذكر، على المقاول الذي يعترف بتنفيذ المشروع أن يجعل رب العمل موافقاً على المقاولين الفرعيين الذين سيلجأ إليهم من أجل إنجاز العمل وذلك قبل تنفيذها. وبخصوص القبول الضمني للمقاول الفرعي، فإن المادة 114-4° من قانون الصفقات العامة تعتبر المقاول الفرعي مقبولاً من قبل الإدارة، إذا لم تعلن هذه الأخيرة رفضها بقرار مكتوب ومعلل خلال إحدى وعشرون يوماً من تاريخ تسلم التصريح أو طلب القبول والاعتماد<sup>206</sup>. وفي هذا

---

*acquitté des obligations édictées par l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 (mettre l'entrepreneur principal en demeure de lui présenter une demande d'agrément du sous-traitant), est tenu de procéder à la réparation de l'entier préjudice causé par sa faute ».*

V. aussi, Cass. com., 5 novembre 2013, Rev. cont. conc. consom. 2014, n° 2, note L. LEVENEUR et Cass. civ., 11 septembre 2013, Constr. urb. 2013, n° 11, note Ch. Sizaire: « *le maître de l'ouvrage est tenu des obligations instituées par l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 dès qu'il a connaissance de l'existence du sous-traitant ...* ».

<sup>204</sup> - F. LEFEBVRE, *Mémento pratique, Droit des affaires, Contrat et droits de l'entreprise*, éd. 2006, n° 467, p. 3155 ; D. MAINGUY, *Contrat spéciaux*, Dalloz, éd. 1998, n° 444, p. 398 ; D. LEGAIS, *op. cit.*, n° 14, p. 4 et B.-M. BLOCH, *Sous-traitance des marchés des personnes publiques*, juris-cl. Cont. distr. 2013, fasc. 1455, n° 18, p. 7.

<sup>205</sup> - D. LEGAIS, *op. cit.*, n° 56, p. 8.

<sup>206</sup> - Art. 114 4° C. marchés : « *Le silence du pouvoir adjudicateur gardé pendant vingt et un jours à compter de la réception des documents mentionnés aux 2 et 3 vaut acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement* ».

الصدد يمكن القول بأن علم الإدارة بوجود مقابلة فرعية وسكوتها يعتبر موافقة ضمنية، وينتج عنها الآثار المترتبة على التعاقد الفرعي. كما يملك صاحب المشروع، إضافة إلى الحق في منح قبوله للمقاول الفرعي، الحق في رفضه أو سحب قبوله<sup>207</sup>.

وعلى خلاف المشرع الفرنسي، لم ينص المشرع الجزائري على حالة رفض القبول وسكوت صاحب المشروع. أما المشرع المغربي فقد جعل الأصل في رفض قبول المقاول الفرعي يخضع للسلطة التقديرية لصاحب المشروع، غير أنه ملزم بتعليل سبب الرفض<sup>208</sup>. ويخضع قبول المقاول الفرعي في القانون الفرنسي للسلطة التقديرية لصاحب المشروع الذي يمكنه رفض القبول استنادا إلى المعلومات المتوفرة لديه. فإذا رأى أن العقد الفرعي سيبرم بشروط مالية ضخمة، بالمقارنة مع تلك المبرمة في إطارها عقد المقابلة الأصلي، حق له الرفض<sup>209</sup>. كما يخضع سحب قبول المقاول الفرعي أيضا للسلطة التقديرية لرب العمل، ويجب أن يكون معللا مثل قرار الرفض. وبالرغم من تمتع صاحب المشروع بحق الرفض، فيمنع عليه التعسف في استعمال هذا الحق<sup>210</sup>.

إن هدف المشرع من النص على هذا الالتزام، هو ضمان حصول المقاول الفرعي على مستحقاته من قبل صاحب المشروع. والسماح لهذا الأخير مراقبة والتأكد من المؤهلات المهنية والفنية للمقاول الفرعي، وضمان إتمام المشروع وحسن إنجازه<sup>211</sup>. وقد ذهب القضاء

---

<sup>207</sup> - C. GAVALDA , *La sous-traitance commentaire de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, in La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 14, n° 12 ; D. LEGAIS, *op. cit.* , n° 17, p. 4 et F. LEFEBVRE, *Mémento pratique, Droit des affaires, Contrat et droits de l'entreprise, op. cit.*, n° 468, p. 3157.

<sup>208</sup> - آمنة سميع، المرجع السالف الذكر، ص. 100.

<sup>209</sup> - A. BENABENT, *Sous-traitance des marchés des personnes privées, op. cit.*, n° 72, p. 30.

<sup>210</sup> - Cass. civ., 10 février 2009, RDC 2009, n° 3, p. 1132, note P. Puig: « *L'abus de droit dans la procédure d'agrément peut être caractérisé par le refus du maître de l'ouvrage d'agrèer le sous-traitant au motif exclusif de l'absence de signature par ce dernier d'un document lui faisant renoncer par avance à tout recours à l'encontre du maître d'ouvrage. Cet abus constitue une faute au sens de l'article 1382 du Code civil en lien de causalité avec le préjudice subi par le sous-traitant du fait du non-paiement des travaux par l'entrepreneur principal* ».

<sup>211</sup> - J. GASTI, *Les contrats spéciaux*, Armant colin éd., 1998, p. 167 et A. BENABENT, *Sous-traitance des marchés des personnes privées, op. cit.*, n° 41, p. 11.

الفرنسي إلى اعتبار عدم تنفيذ المقاول الأصلي لالتزاماته بشأن عرض المقاولين الفرعين لقبول صاحب المشروع واعتماد شروط أداء أجورهم، خطأ يسمح لهذا الأخير بفسخ العقد الذي يجمعه بالمقاول<sup>212</sup>.

ويترتب على عدم مراعاة المقاول للشرط المانع في العقد، خضوعه للجزاء الذي تقضي به الأحكام العامة. فيجوز لصاحب المشروع طلب فسخ عقد المقاولة لعدم تنفيذ المقاول لالتزاماته، أو المطالبة بالتنفيذ العيني للمشروع، وذلك بإلزام المقاول الأصلي وفي حالة الرفض، فيحق له المطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض<sup>213</sup>.

## ثانياً: اشتراط عدم تعلق أعمال البناء محل عقد المقاولة بكفاءات شخصية للمقاول

لا يعد الشرط المانع السبب الوحيد الذي يمنع المقاول من تكليف مقاول من الباطن لانجاز العمل الموكل إليه من طرف صاحب المشروع. بل أن طبيعة الأعمال في حد ذاتها تحول دون اللجوء إلى التعاقد من الباطن. وذلك بسبب خصوصية بعض الأعمال التي تستوجب مؤهلات وكفاءات شخصية لدى مقاول معين. فإذا كانت طبيعة العمل محل عقد المقاولة تقتضى الاعتماد على كفاءة المقاول الشخصية، كأن يكون عملاً فنياً أو تحسينياً، تعاقد من أجل إتمامه صاحب المشروع مع مقاول معين بذاته نظراً لكفاءته الفنية، فلا يجوز للمقاول في هذه الحالة التعاقد من الباطن لانجاز تلك الأعمال، وهذا ما صرح به المشرع في المادة 564 من القانون المدني التي تجيز التعاقد من الباطن في المقاولة، إلا إذا وجد شرط مانع أو تعلق العمل بكفاءات شخصية للمقاول.

<sup>212</sup> - CA Paris, 13 février 2013, Constr. urb. 2013, n° 5, note Ch. Sizaire: « *Le maître de l'ouvrage qui engage aux termes de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 sa responsabilité personnelle s'il ne met pas l'entreprise en demeure de régulariser la situation des sous-traitants, était en droit de sanctionner cette carence de l'entrepreneur par la rupture du contrat* ».

<sup>213</sup> - المواد 119، 170 و 176 ق. م. ج.

وحقيقة الأمر، أن منع اللجوء إلى المقاولة من الباطن بسبب تعلق العمل بكفاءات شخصية لدى المقاول، ما هو إلا شرطاً مانعاً من التعاقد الفرعي ولكنه ضمني، فعلى خلاف الحالة الأولى التي تمنع من التعاقد الفرعي والتي تفترض وجود شرط مانع مصرح به كبند من بنود عقد المقاولة، فإن الحالة الثانية، أين تتجه إرادة صاحب المشروع إلى التعاقد مع مقاول على أساس كفاءاته الشخصية، تعد كذلك شرطاً مانعاً من التعاقد من الباطن ولكن بصفة ضمنية<sup>214</sup>. ولعلّ الحالات التي تجسد الحالة الثانية، هي تلك الحالات التي يتعلّق فيها المشروع بإنجاز أعمال فنية من طرف حرفيين. فإن صاحب المشروع يتعاقد مع مقاول حرفياً<sup>215</sup>، من أجل إنجاز أعمال يدوية مرتبطة بمؤهلاته الشخصية. أما إذا لم تكن طبيعة الأعمال يدوية، فإن صاحب المشروع يتعاقد مع مقاول لا يشترط حمله لصفة الحرفي، ممّا يجيز التعاقد من الباطن<sup>216</sup>.

ويترتب على كون عقد المقاولة من عقود الاعتبار الشخصي أنه في حالة موت المقاول أو فقدانه لأهليته، فإن العقد المبرم بينه وبين صاحب المشروع يفسخ بقوة القانون، ولا ينتقل التزام تنفيذه إلى الورثة. لأن الأعمال المكفّ بانجازها المقاول تتعلّق بمؤهلاته الشخصية تتنفي بانتفاء شخصيته<sup>217</sup>.

---

<sup>214</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق الذكر، بند 118، ص. 209.

<sup>215</sup>- يعد المقاول تاجراً يلتزم بالقيد في السجل التجاري، وقد يكون في الأصل حرفياً، مسجلاً في سجل الحرف والصناعات التقليدية، فيجمع صفة الحرفي وصفة التاجر معاً، ممّا يؤهله لإنجاز المشاريع الفنية التي تشترط مؤهلات يدوية شخصية في إطار عقد المقاولة. وهذا ما قصده المشرع من وراء تعريفه للمقاول بموجب المطة 12 من المادة 3 من القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، السالف الذكر، بنصها على ما يلي: " - المقاول: كل شخص طبيعي أو معنوي مسجّل في السجل التجاري بعنوان نشاط أشغال البناء بصفته حرفياً أو مؤسسة تملك المؤهلات المهنية ".

<sup>216</sup> - J. GASTI, *op. cit.*, p. 167.

<sup>217</sup>- هاشم علي الشهوان، المرجع السالف الذكر، ص. 41.

أخيراً، فإن إبرام المقاول لعقد المقاولة من الباطن رغم وجود الشرط المانع صراحة في العقد أو ضمناً، - أي تعلق الأعمال موضوع المقاولة بمؤهلاته الشخصية - يؤدي إلى بطلان العقد الفرعي، ويحق لصاحب المشروع طلب فسخ عقد المقاولة المبرم بينه وبين المقاول ومطالبته بالتعويض.

### الفرع الثالث: غياب شروط شكلية خاصة بالتعاقد الفرعي في مقاولات البناء

مبدئياً، يكفي لانعقاد العقد الرضائية، أي تطابق التعبير عن إرادة طرفيه، دون الحاجة إلى شكليات معينة. غير أنه وبصفة استثنائية، قد يتطلب القانون شكليات معينة لانعقاد بعض العقود وترتيب آثارها، كالكتابة أو الرسمية أو الشهر وغيرها من الشكليات<sup>218</sup>.

وباعتبار أن المشرع لم يشترط شكليات معينة لانعقاد عقد المقاولة الأصلي أو عقد المقاولة من الباطن، فيكفي لانعقادها التراضي والشروط الخاصة بهما. غير أن المشرع اشترط أن تكون العقود المبرمة في إطار الصفقات العمومية مكتوبة سواء تعلقت بصفقات الأشغال، أو اقتناء اللوازم أو الخدمات والدراسات. فالكتابة شرط لانعقاد الصفقة وليس وسيلة لإثباتها فقط<sup>219</sup>. وتطبيقاً لمبدأ " الفرع يتبع الأصل "، فإن التعاقد من الباطن في الصفقات العمومية، يجب أن ينعقد كتابة، وهذا ما أكدته المادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لما ألزمت المتعامل المتعاقد بتسليم نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة. وإذا كان يكفي الرضائية في عقد المقاولة من الباطن في المشاريع الخاصة، مما يؤدي إلى انعقادها شفاهة، فقد تثار إشكالية إثباتها، إذا ما عرض النزاع أمام القضاء. وبخصوص هذه المسألة، وما دام أن العقد مبرم بين طرفين لهما صفة التاجر على أساس أنهما مقاولين، فإن العقد يأخذ الصفة التجارية ويخضع لمبدأ حرية إثبات العقود التجارية، أي يمكن إثبات عقد

<sup>218</sup>- المادة 59 ق. م. ج.

<sup>219</sup>- المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

المقولة من الباطن بجميع وسائل الإثبات من كتابة وبينة وقرائن، وأية وسيلة ترى المحكمة إمكانية الأخذ بها<sup>220</sup>.

### المطلب الثاني: طرق وأساليب إبرام عقد المقولة من الباطن

أوضحت في ما تقدم أن المقاولات الفرعية - على غرار المقاولات الأصلية - هي عقود رضائية التي يكفي لانعقادها تطابق إرادتي أطرافها، دون حاجة إلى إخضاعها لشكليات معينة، باستثناء التعاقد الفرعي في الصفقات العمومية أين تشترط الكتابة لصحته. ولكن جرت العادة على إتباع طرق وأساليب محددة في إبرام عقود المقولة من الباطن.

وباعتبار عقد المقولة من الباطن على غرار عقد المقولة من العقود التي يكتنفها التعقيد، فلا تلائمه طريقة التعاقد التقليدية التي تتم بمجرد تبادل إيجاب وقبول المتعاقدين. لذلك، لا بد من الدخول بشأنه في مفاوضات تسبق إبرام العقد.

### الفرع الأول: مرحلة المفاوضات السابقة للتعاقد

ينعقد العقد في الكثير من الحالات بناء على دعوة موجهة من أحد الطرفين، تؤدي هذه الدعوة إلى الدخول في مفاوضات (*Les pourparlers*)، وقد تنتهي هذه المفاوضات إلى مجرد مشروع لا يمكن أن تترتب عليه أية مسؤولية عقدية. وقد تنتهي المفاوضات إلى إيجاب يقابله قبول فينعقد العقد<sup>221</sup>.

وترجع أهمية المفاوضات في مجال عقود البناء إلى أهمية وحجم وطبيعة الأشغال موضوع العقد من جهة، ومن جهة أخرى لغياب نصوص تشريعية تنظم إبرام العقد. وتعرف مرحلة التفاوض السابقة للتعاقد بأنها " تلك المرحلة التي تجرى فيها منافسة شروط العقد

<sup>220</sup> - المادة 30 ق. ت. ج. التي تنص على ما يلي: " يثبت كل عقد تجاري: بسندات رسمية، بسندات عرفية، فاتورة مقبولة، بالرسائل، بدفاتر الطرفين، بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها".

<sup>221</sup> - العربي بلحاج، المرجع السابق الذكر، بند 43، ص. 68.

ودراسة جدواه بهدف التوصل إلى اتفاق بشأنه، حيث تتم في هذه المرحلة كل الأعمال المتعلقة بتكوين إيجاب مشترك لعقد معين، فيدخل في ذلك الإيجاب كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تحديد ملامح هذا الإيجاب المشترك<sup>222</sup>. فيتم في هذه المرحلة إعداد وتحضير العقد، وذلك بالبحث في كافة جوانبه الفنية والمالية والقانونية.

ويميز جانب من الفقه<sup>223</sup> بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب، كون أن قبول الإيجاب يؤدي إلى انعقاد العقد. ولا يمكن اعتبار الدعوة إلى التفاوض سوى وسيلة لحث من وجهت إليه الدعوة، أن يتقدم إلى إبرام العقد. كما لا يمكن اعتبارها إيجاباً بل تعد عملاً مادياً. وإن الشخص المكلف بالتفاوض لا يكون نائباً وإنما مجرد وسيط، لأن النيابة تكون في التصرفات القانونية وليس في التصرفات المادية. فلا يرتب القانون على المفاوضات أثراً قانونياً، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد، لأن المفاوضات ليست إلاّ عملاً مادياً لا يلزم أحد، كما سبق القول<sup>224</sup>.

إنّ عملية التفاوض بشأن عقد المفاوضة الفرعية تمر بثلاثة مراحل، تبدأ بمرحلة انعقاد المفاوضات، ثم مرحلة سيرها، وتنتهي بصدور الإيجاب.

### أولاً: مرحلة بداية التفاوض وسيره

يقصد بمرحلة بداية التفاوض، الشروع في التفاوض، إما باتصال مباشر بين المفاوض الأصلي والمفاوض الفرعي، أو بطريقة غير مباشرة بواسطة الوسيط أو الوكلاء، وذلك بموجب دعوة تكون موجهة غالباً من قبل المفاوض الأصلي. فيقوم هذا الأخير بتقديم

<sup>222</sup>- أمانة سميع، . 69 .

<sup>223</sup>- محمد صبري السعدي، المرجع السالف الذكر، بند 87، ص. 109 والعربي بلحاج، نفس المرجع.

<sup>224</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السالف الذكر، بند 100، ص. 221.

H. LECUYER, S. DANNA, G. LESAGE et C.-T. BASTIDE ( dict. perm. dr. aff.), *Sous-traitance, op. cit.*, n° 15, p. 2820 : « Les pourparlers ne sont que de simples discussions sans impact juridique. En effet, les parties sont libres de rompre les pourparlers. Elles ne se sont pas engagées, et il n'existe aucune véritable obligation à leur charge ».

مقترحات حول الأعمال موضوع التعاقد الفرعي، وطريقة تسديد الأجر والتسبيق والضمانات وغيرها من المسائل ذات الأهمية في مجال البناء.

وتبدأ مرحلة سير التفاوض بمناقشة شروط العقد المزمع إبرامه. وتفرض هذه المرحلة على الطرفين الالتزام بمتابعة التفاوض بحسن النية، كالامتناع عن الإدلاء بمعلومات تحول دون الوصول إلى اتفاق<sup>225</sup>، والالتزام بالإعلام قبل التعاقد، ولاسيما الالتزام بعدم تسريب معلومات خاصة بالطرف المفاوض.

وتجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري، لم يهتم بمرحلة التفاوض، إذ أنه أغفل تنظيم الالتزام قبل التعاقد في القانون المدني، كما أنه سكت عن حماية المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد، تاركا الأمر للقضاء الذي يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم، ولا يترتب عليه أي اثر قانوني<sup>226</sup>. وهذا ما أيده الفقه<sup>227</sup> الذي يرى بأن العدول عن المفاوضات لا يترتب مسؤولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه. وهي مسؤولية تقصيرية تقوم على الخطأ، والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الذي أصابه الضرر من العدول، فيثبت أن من قطع المفاوضات لم يكن جاد عند الدخول فيها.

### ثانيا: مرحلة صدور الإيجاب ونهاية المفاوضات

إن التفاوض على العقد ينتهي قانونا في الوقت الذي يصدر فيها الإيجاب، إذ في هذه اللحظة تكون المفاوضات قد حققت الغرض الأسمى منها، وهو توصيل الطرفين المتفاوضين إلى الاتفاق على جميع المسائل الأساسية للعقد الذي يريدان إبرامه. وينطوي الإيجاب على

---

<sup>225</sup>- آمنة سميع، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، المرجع السالف الذكر، ص. 71.

<sup>226</sup>- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011، بند 4، ص. 13.

<sup>227</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، نفس المرجع.

إرادة الموجب في إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به<sup>228</sup>، فيجب أن يكون هذا الإيجاب صادرا عن نية قاطعة وعزم نهائي على التعاقد. فقد تنتهي المفاوضات بصدور إيجاب معلق على شرط (*offre avec réserves*)، كأن يعرض المقاول الأصلي التعاقد بثمن معين مع الاحتفاظ بتعديل هذا الثمن طبقا لتغير الأسعار. فيكون الإيجاب الذي صدر منه بالثمن الذي عينه معلقا على شرط عدم تغير الأسعار. وبالتالي، إذا خرج الإيجاب من مرحلة التفاوض ولم يكن معلقا على شرط أصبح إيجابا باتا<sup>229</sup>.

وقد تنتهي المفاوضات بصدور إيجاب كامل، أي متضمن لكافة العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، فيبرم العقد بمجرد اقتران القبول به. وقد تحدد مدة أثناء المفاوضات، من أجل التفكير في مشروع العقد، فإذا صدر القبول قبل انتهاء هذه المدة يبرم العقد، أما إذا صدر الرفض الصريح وانتهت المدة يسقط الإيجاب. ويمكن للأطراف عند اتفاقهما على بنود العقد الفرعي، الاختيار بين عقد المقاول الفرعي الشفاف (*sous-traitance transparente*) الذي يتم من خلاله الاتفاق على إدماج أحكام العقد الأصلي في عقد المقاول الفرعية، وذلك بالاتفاق على النص في هذا الأخير على علم المقاول الفرعي بكافة الشروط الواردة في العقد الأصلي، كموضوع الأعمال وشروط تنفيذها. والاتفاق على نفاذ هذه الشروط الواردة في العقد الأصلي في مواجهة المقاول الفرعي. أو يتفق الطرفان على إبرام عقد مقاول غير شفاف (*sous-traitance opaque*) الذي لا يفترض فيه إلا علم المقاول الفرعي بشروط عقده، وأن تعديل العقد الفرعي لا يتم إلا بالشروط الواردة فيه<sup>230</sup>.

<sup>228</sup> - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق الذكر، بند 44، ص.

69.

<sup>229</sup> - أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق الذكر، بند

102، ص. 221.

<sup>230</sup> - A. BENABENT, *Sous-traitance des marchés des personnes privée, op. cit.*, n° 49, p. 19 : « On parle de sous-traitance opaque lorsque les parties font abstraction des conditions contractuelles prévues au marché initial et de sous-traitance transparente lorsque les parties font expressément référence à ce marché initial » et D. LEGAIS, *op. cit.*, n° 10, p. 244 : « Les parties peuvent désirer que les dispositions du contrat de sous-traitance soient les mêmes que celles du contrat principal. Les parties font alors expressément référence au marché initial. Le choix d'une sous-traitance

## الفرع الثاني: إبرام عقد المقابولة الفرعية

سبق وأن عرفنا العقد بأنه توافق لإرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، وعليه، فإنّ العقد هو تعبير عن الإرادة المشتركة لطرفيه. وإعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة (*Principe de l'autonomie de la volonté*) فإنّ إرادة المتعاقدين هي التي تنشأ العقد، وهي التي تحدد آثاره. ويأتي القانون بعد ذلك ليعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة<sup>231</sup>. وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 106 من القانون المدني التي تنص على ما يلي "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون". فالعقد هو القانون الاتفاقي الذي يلتزم به المتعاقدين وهذا ما اتفقت بشأنه أغلب التشريعات المقارنة<sup>232</sup>.

فعندما يتوصل الطرفان إلى اتفاق على بنود العقد، تتوقف المفاوضات، ويدخل الطرفان في مرحلة إبرام العقد، فيتم إعداد المشروع النهائي لعقد المقابولة من الباطن. ويتضمن العقد المبرم اتفاقات تشمل ضمانات التنفيذ التي تتعلق إما بتدليل العقوبات التي قد تعترض تنفيذ العقد، كشرط الضمان أو شرط التحكيم. أو تتعلق هذه الضمانات بحالة عدم

---

*transparente peut être riche de conséquences. En cas de difficultés, le juge peut décider d'appliquer des dispositions du contrat principal par exemple celles relatives à la révision du prix ou son paiement, au contrat de sous- traitance. Les parties peuvent au contraire choisir de soumettre les deux contrats à des régimes distincts. La sous-traitance est alors opaque ».*

<sup>231</sup>- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، بند 20، ص. 43.

<sup>232</sup>- المادة 147 من القانون المدني المصري مطابقة للمادة 106 ق. م. ج.

الفصل 230 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي التي تنص على ما يلي: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشيئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

- Concernant le droit français, v. art. 1134 C. civ. : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

تنفيذ العقد من جانب أحد الأطراف، فيدرجون شروطا جزائية، وهي ما تسمى أيضا بالتعويض الاتفاقي. أو يدرج المتعاقدان شروط معدلة للمسؤولية التعاقدية.

### أولا: شرط الضمان المالي (الكفالة)

بالرجوع إلى النصوص القانونية، نجد أن المشرع قد نص في المادة 188 من القانون المدني الجزائري على أن " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان".

ولكن، ونظرا لخصوصية مشاريع البناء وخوفا من تهرب المقاول من التزاماته وإتمام المشروع فغالبا ما يتفق الطرفان على كفالة عادية يقدمها شخص طبيعي أو معنوي لضمان التزام المدين، أو كفالة بنكية تقدمها مؤسسة ائتمان لأجل ضمان تنفيذ المقاول لالتزاماته وإنهاء المشروع. والكفالة حسب ما نصت عليها المادة 644 من القانون المذكور هي ذلك " العقد الذي يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يَف به المدين نفسه".

وتقضي الأحكام القانونية<sup>233</sup> بأن الكفالة لا تثبت إلا كتابة، وإذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب عليه أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر. كما تجوز كفالة المدين بغير علمه وحتى رغم معارضته. ولا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول، ولا تجوز أيضا في مبلغ أقل أو على شرط أهون، على أن كفالة الدين التجاري تعتبر عملا مدنيا، ولو كان الكفيل تاجرا. لأن هذا الأخير يقوم بتقديم خدمة مجانية للمكفول، وهذا ما يتعارض مع التجارة التي تعتبر أهم ميزة فيها هي المضاربة والسعي إلى تحقيق الربح. باستثناء الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية التي تعتبر عملا تجاريا موضوعيا.

<sup>233</sup>- المواد من 645 إلى 652 ق. م. ج.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا الضمان غير إلزامي بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، إلاّ إذا تم الاتفاق عليه في العقد فيصبح التزاما تعاقديا. خلافا لما هو معمول به في علاقة صاحب المشروع بالمقاول الأصلي، حيث جرى العرف على فرض صاحب المشروع ضمانات مالية على المقاول للاطمئنان على حسن إنجاز المشروع وإتمامه.

أمّا في مجال الصفقات العمومية فقد فرض المشرع العديد من الضمانات على المقاول المتعاقد مع المصلحة صاحبة المشروع، أين يلتزم المقاول المتعهد في الصفقة بدفع كفالة التعهد تفوق واحد في المائة ( 1 ) من مبلغ العرض. كما يلتزم بأدائه كفالة رد التسبيقات وكفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين واحد في المائة ( 1 ) وخمسة في المائة ( 5 )، أو بين خمسة في المائة ( 5 ) وعشرة في المائة ( 10 ) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها. وبعد التسليم المؤقت للمشروع تتحوّل كفالة حسن التنفيذ إلى كفالة الضمان<sup>234</sup>.

وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي<sup>235</sup>، يلاحظ أنه جعل كل دفع لمبلغ معين من المقاول إلى المقاول من الباطن مشروط باكتتاب هذا الأخير لكفالة شخصية وتضامنية محررة لمصلحة المقاول من طرف مؤسسة مؤهلة لذلك. غير أنه لا تكون الكفالة إلزامية في حالة تفويض المقاول صاحب المشروع في دفع مستحقات المقاول الفرعي<sup>236</sup>. وقد ذهب المشرع الفرنسي إلى أبعد من اكتفائه بإلزام المقاول الفرعي بأداء الكفالة، بتقريره بطلان عقد المقاول

---

<sup>234</sup>- المواد من 124 إلى 134 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والسالف الذكر.

<sup>235</sup> - Art. 14 al. 1 et 2 L. n° 75-1334, « A peine de nullité du sous-traité les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, en application de ce sous-traité, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié, agréé dans des conditions fixées par décret. Cependant, la caution n'aura pas lieu d'être fournie si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant dans les termes de l'article 1275 du code civil, à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant ».

V. aussi, Cass. civ., 19 décembre 2012, JCP G 2013, n° 230, note R. BOFFA.

<sup>236</sup> - Sur cette question, M. ROUX, *Les cautionnements délivrés au bénéfice des sous-traitants*, in *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, (sous la direction de G. Gavalda), Economica éd., 1978, p. 152 et A. BENABENT, *Sous-traitance des marchés des personnes privées*, op. cit., n° 50 et s., pp. 19 et s.

من الباطن في حالة عدم تنفيذ الالتزام. وكان من الأفضل على المشرع الجزائري ورفعا لأي لبس ولطمأنة المقاول الأصلي وصاحب المشروع، تقنين التزام المقاول الفرعي بأدائه كفالة الإنجاز لمصلحة المقاول الأصلي.

### ثانيا- شرط التحكيم:

لقد أجاز المشرع الجزائري<sup>237</sup> لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، ما عدا المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. وبما أن عقد المقاول وما يتفرع عنه من عقود لا يندرج ضمن المجالات التي يمنع فيها التحكيم، فقد يتفق المقاول الأصلي والمقاول الفرعي على التحكيم كطريقة لحل النزاعات التي قد تنشأ بينهما. بل أن طريق التحكيم في حل المنازعات هو المحبذ في مجال إنجاز المشاريع العقارية، لأن الأطراف ملزمة بآجال محددة لإنهاء الأشغال، وما ينجم عن التأخير من معاقبة المتأخر بغرامات مالية. ولذلك، يلجأ أطراف العقد إلى التحكيم لما يتميز به هذا النظام بالسرعة في حل النزاع على خلاف القضاء الذي يتسم بتعقيد الإجراءات وطول آجال الخصومة القضائية.

ويتم اللجوء إلى التحكيم -كوسيلة لحل النزاع- إما بإدراج بند في العقد الذي يربط الطرفين، يتفقان بموجبه على عرض النزاعات التي قد تنشأ بينهما مستقبلا على محكم أو هيئة تحكيمية لحلها، وهو ما يسمى بالشرط التحكيمي (*La clause compromissoire*).

وقد عرف المشرع شرط التحكيم بأنه ذلك الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بالحقوق المتاحة لهم لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم<sup>238</sup>.

---

<sup>237</sup>- تناول المشرع أحكام التحكيم في الباب الثاني من الكتاب الخامس المتعلق " بالطرق البديلة لحل النزاعات " بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، من المادة 1007 إلى المادة 1018.

<sup>238</sup>- تقضي الأحكام القانونية المتعلقة بشرط التحكيم على أنه يثبت كتابة. ويجب أن يتضمن تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم وإلا كان الشرط باطلا. أما إذا اعترضت صعوبة تعيينهم، فيعينوا من قبل

وبالتالي، يجوز للمتعاقدين أن يتفقا عند التعاقد، وقبل نشوء أي نزاع بينهما على إدراج شرط في العقد يلزم الطرفين بإحالة كل ما يثور بينهم من نزاعات أو خلافات على محكم، سواء تعلق الأمر بتنفيذ العقد أو تفسيره. فإذا ثار نزاع في مرحلة تنفيذ العقد يلجأ المتعاقدان إلى المحكم بدلا من اللجوء مباشرة إلى القضاء الذي قد يؤدي إلى توقيف الأشغال لمدة طويلة.

أما الطريق الثاني لحل النزاع عن طريق التحكيم، يتمثل في اتفاق الأطراف على عرض نزاع سابق، نشأ في ظل تنفيذ عقد يجمعها لم يتضمن شرط التحكيم. ويمكن الاتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية، وهو ما يسمى بالاتفاق التحكيمي (*Le compromis d'arbitrage*).

ويعرّف الاتفاق التحكيمي بأنه الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم، ويجب أن يحرر كتابة ويعيّن فيه موضوع النزاع وأسماء المحكمين وكيفية تعيينهم<sup>239</sup>.

### ثالثا - الشرط الجزائي

يمكن للمتعاقدين أن يضعوا بندا في العقد يحددان فيه قيمة التعويض الذي يستحق على الممتنع أو المتأخر عن تنفيذ الالتزام. وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 183 من القانون المدني التي تنص على ما يلي " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام

---

رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه. كما يعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا، أو من الطرف الذي يهيمه التعجيل.

<sup>239</sup>- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثالثة، منشورات بغدادية، 2011، ص. 535 وما بعدها.

المواد 176 إلى 181<sup>240</sup>. وطبقا لهذه الأحكام يمكن القول أنه إذا استحال على المقاول من الباطن تنفيذ التزامه عينا، حكم عليه بالتعويض المتفق عليه، ولا يجوز المطالبة بالبند الجزائي متى كان التنفيذ ممكنا.

ويشترط الفقه<sup>241</sup> لتحقيق البند الجزائي باعتباره جزاء لعدم تنفيذ التزام عقدي وليس مصدرا لالتزام ثلاثة شروط هي:

- وجود الضرر.

- امتناع المدين أو تأخره عن تنفيذ العقد.

- نسبة الضرر إلى خطأ المدين أو فعله.

وتقضي الأحكام العامة أن التعويض المحدد في الاتفاق، لا يكون مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر<sup>242</sup>.

وفي حالة ما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في العقد لا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما<sup>243</sup>. وتطبق هذه الأحكام في العلاقة الرابطة بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، فكثيرا ما يدرج الطرفان الشرط الجزائي في عقد المقاولة الفرعية، أو بملحق العقد. وبموجبه يلتزم المقاول الفرعي بتعويض المقاول الأصلي، في حالة عدم تنفيذ التزاماته ولا يحتاج المقاول

---

<sup>240</sup>- يقابل هذا النص في ظهير الالتزامات والعقود المغربي الفقرة 2 من الفصل 264 التي تنص على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كليا أو جزئيا أو التأخير في تنفيذه".

<sup>241</sup>- نعيم مغيب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، 1997، ص. 98.

<sup>242</sup>- المادة 184 ق. م. ج.

<sup>243</sup>- المادة 185 ق. م. ج.

الأصلي اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض، مما يوفر له وقت سير الخصومة القضائية.

#### رابعاً- الشروط المعدلة للمسؤولية:

قد يدرج أطراف المقابلة الفرعية في العقد شروطاً تتعلق بآثار المسؤولية التي تقع على عاتقهما، وذلك إما بالإعفاء منها بشكل جزئي أو كلي أو الحد منها. وبما أنها مسؤولية عقدية، فيجوز للأطراف الاتفاق على الإعفاء منها متى كان الخطأ بسيطاً، وبشرط عدم المساس بالنظام العام والآداب العامة، وكذا المصلحة العامة. وهذا ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 178 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي " وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

وفي مقاولات البناء، فالاتفاقات الإعفاء من المسؤولية بعض الخصوصيات، بسبب إخضاع المشرع الجزائري كل من المقاول والمهندس المعماري لمسؤولية خاصة، تبدأ من يوم تسلم صاحب المشروع للعمل نهائياً، وهي ما تعرف " بالمسؤولية العشرية أو بالضمان العشري"<sup>244</sup>. وتتجم المسؤولية العشرية عن تهدم البناء كلياً أو جزئياً أو ظهور فيه عيوب تهدد سلامته، فهي مسؤولية خاصة مفروضة بقوة القانون<sup>245</sup>، فلا يحق لأطراف العقد التعديل منها، تحت طائلة بطلان كل اتفاق من شأنه الإعفاء من هذه المسؤولية أو الحد منها<sup>246</sup>.

<sup>244</sup>- أنظر أدناه في مفهوم الضمان العشري، المطلب الأول من المبحث الأول للفصل الثاني من القسم الأول.

<sup>245</sup>- المادة 554 ق. م. ج.

<sup>246</sup>- المادة 556 ق. م. ج.

لأكثر تفصيل في هذا الموضوع، مازة حنان، ضمان العيوب في عقد مقابلة البناء، المرجع السالف الذكر.

غير أنّ المقاول الفرعية تخرج من هذا الإطار، فلا تطبق أحكام المسؤولية العشرية على المقاول الفرعي، لغياب نص خاص يلزمه بها أو إحالة إلى الأحكام الخاصة بالمقاول والمهندس المعماري والمذكورة أعلاه. ولهذا، فيبقى المقاول الفرعي خاضعا لنوع واحد من المسؤولية، وهي مسؤولية عقدية تتجم عند إخلاله بالاتفاقات العقدية. ومن ثمّ، وما دام أنّها مسؤولية عقدية، فيجوز الاتفاق على إعفاء المقاول من الباطن منها أو تعديلها حسب شروط المادة 178 من القانون المدني والمذكورة أعلاه.

وتجدر الإشارة في الأخير، إلى أنّ المقاولات بين الخواص بما في ذلك المقاولات الفرعية، تبرم طبقا للأحكام الخاصة بعقد المقاوله والأحكام العامة لنظرية العقد الواردة في القانون المدني. ونظرا لعدم تحديد هذا الأخير طريقة محددة في إبرام عقد المقاوله الأصلي أو الفرعي، فكثيرا ما يلجأ الأطراف في التعاقد إلى الطرق المتبعة في إبرام الصفقات العمومية. ومرد ذلك إلى تبيان تشريع الصفقات العمومية بالتحديد والتفصيل إجراءات وكيفيات التعاقد والضمانات والكفالات وأساليب دفع الأجر<sup>247</sup>.

وبذلك، يتم اختيار المقاول عن طريق المناقصة المفتوحة أو المحدودة أو بالاستشارة الانتقائية أو المزيدة أو المسابقة، وغالبا ما يتم الاتفاق على تسديد كفالة إتمام الانجاز وحسن التنفيذ. كما جرى العرف على تسليم الأشغال مؤقتا للمقاول الأصلي لإبداء تحفظاته، وهو ما يعرف بالتسليم المؤقت للبناء، ثم تسليمه نهائيا بعد رفع التحفظات من قبل المقاول الفرعي أو مصادرة كفالة حسن التنفيذ أو الخصم من الأجر المستحق في حالة عدم استجابته لتحفظات المقاول الأصلي.

ولكن، وبالرغم من إتباع الأطراف لأحكام التعاقد المنصوص عليها في تشريع الصفقات العمومية لوضوحها ودقتها، فإنّ عقد المقاوله من الباطن المبرم في إطار إنجاز مشروع خاص يبقى خاضعا للأحكام الخاصة بعقد المقاوله وأحكام نظرية العقد الواردة في القانون المدني، وللاتفاقات العقدية بصفة أولية، ولا يخضع لتشريع الصفقات العمومية الذي

<sup>247</sup> - المقصود بتشريع الصفقات العمومية، المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

ينحصر تطبيقه على الصفقات التي تبادر بها الهيئات المحددة على سبيل الحصر في المادة السادسة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق والمذكور أعلاه.

## الفصل الثاني

### الضمانات الناشئة عن التعاقد من الباطن في عقد مقاوله البناء

تنشأ عن التعاقد الفرعي في مقاولات البناء علاقات قانونية متعددة، تبدأ بالعلاقة العقدية بين أطراف العقد الأصلي وهما صاحب المشروع والمقاول الأصلي، وعلاقة عقدية أخرى تربط أطراف العقد الفرعي وهما المقاول الأصلي والمقاول الفرعي. وبالمقابل فإن العلاقة التعاقدية تنتقي بين المقاول الفرعي وصاحب المشروع، مما يصعب من إمكانية رجوع أحدهما على الآخر. لذلك، أبقى المشرع بموجب المادة 564 من القانون المدني المقاول الأصلي مسؤولاً عن تصرفات المقاول الفرعي، حتى يضمن لصاحب المشروع حقه في الرجوع على المتعاقد الأصلي بمقتضى أحكام الضمان الخاص. ويحمل المقاول الأصلي تبعات اختياره للمقاول الفرعي. ومن جهة أخرى، منح المشرع ضماناً للمقاول من الباطن، يمكنه بالمطالبة بأجره المستحق له تجاه المقاول الأصلي، بالرجوع مباشرة على صاحب المشروع عن طريق دعوى قضائية تسمى بالدعوى المباشرة، بالرغم من انعدام عقد يربطهما.

تبعاً لذلك، يقتضي الأمر دراسة مدى إمكانية تطبيق أحكام الضمان العشري عند التعاقد من الباطن في مقاوله البناء (المبحث الأول)، ثم البحث في الضمانات المقررة للمقاول من الباطن في الحصول على أجره (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مدى إمكانية تطبيق أحكام الضمان العشري على عقد المقاوله  
من الباطن

يلتزم المقاول في عقد المقاولة بالتزامين أساسيين، هما الالتزام بانجاز العمل المتفق عليه مع صاحب المشروع، والالتزام بتسليم البناية لهذا الأخير في الوقت المتفق عليه. ويقع على المقاول جرّاء هذه العلاقة التعاقدية عدة ضمانات، أهمها الضمان الناشئ عن تهدم البناء كلياً أو جزئياً، أو الناشئ عن ما يظهر فيه من عيوب تهدد سلامته، ومدة هذا الضمان عشر سنوات من التسلم النهائي للبناء، وهو ما يسمّى بالضمان العشري أو المسؤولية العشرية. ومن هنا يطرح التساؤل عن إمكانية إسقاط هذا الضمان على المقاول من الباطن في حالة اللجوء إلى التعاقد الفرعي، بصياغة أخرى، هل بإمكان صاحب المشروع مساءلة المقاول الفرعي مباشرة، متى تدخل في إنجاز البناء، والمطالبة بإخضاعه لأحكام الضمان العشري؟

للإجابة على هذا التساؤل، لا بد من التعرّف أولاً على مفهوم الضمان العشري (المطلب الأول)، ثم دراسة مدى خضوع المقاول من الباطن لأحكام هذا الضمان (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مفهوم الضمان العشري في عقد مقاولة البناء

بجانب المسؤولين العقدية والتقديرية للمقاول والمهندس المعماري، كأى متعاقد كان، والمنصوص عليهما في الأحكام العامة، أخضعهما المشرع لمسؤولية خاصة بهما نص على أحكامها في عقد المقاولة. وذلك لما لهما من تأثير على حسن إنجاز البناء وإتمامه خالياً من العيوب التي قد تؤدي إلى انهياره كلياً أو جزئياً أو تهدد سلامته ومتانته وتماسكه، وهي مسؤولية مفترضة تقوم بتحقيق إحدى المخاطر المذكورة. وبما أنّ مدتها عشر سنوات من التسليم النهائي للمشروع، سميت بالمسؤولية العشرية. وبالمقابل، وبما أنّ هذه المسؤولية تعد ضماناً خاصاً لفائدة صاحب العمل، وللمقنتين للبناء من بعده، سميت "بالضمان العشري".

وقبل معرفة ما إذا كان المقاول الفرعي يتحمل المسؤولية العشرية أم لا يتحملها، لا بد من البحث في المقصود بالضمان العشري (الفرع الأول)، ثم تحديد الشروط الواجب توافرها لقيام المسؤولية العشرية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: المقصود بالضمان العشري

إن لجوء المقاول الأصلي إلى التعاقد الفرعي لإنجاز العمل محل التعاقد الأصلي لا يعفيه من تنفيذ التزاماته تجاه صاحب المشروع، إذ أنه يبقى مسؤولاً قبل هذا الأخير عن عمله وعن عمل المقاول الفرعي، وكأنه لم يلجأ إلى التعاقد الفرعي أساساً<sup>248</sup>.

يلتزم المقاول الأصلي نحو صاحب المشروع بإنجاز العمل محل عقد المقولة الأصلي. ويلتزم كذلك بتسليم العمل بعد إنجازه إلى صاحب المشروع، ويدخل في ذلك العمل الذي أنجزه المقاول الفرعي، فيتسلم المقاول الأصلي العمل المنجز من قبل المقاول الفرعي ويسلمه إلى رب العمل<sup>249</sup>. ويلتزم المقاول الأصلي بعد التسليم النهائي للبناء، بضمان التهدم الذي قد يطرأ على البناء المشيد من قبله وضمان العيوب التي تهدد سلامة ومتانة البناء، وعلى هذا الأساس نصّ المشرع الجزائري بموجب المادة 554 من القانون المدني على ما يلي " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ويشمل الضمان المنصوص عليها في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلّم العمل نهائياً. ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق

<sup>248</sup> -F. BALON, *Relations maître de l'ouvrage/ sous-traitant, in la sous-traitance, op. cit.*, p. 77 : « Le contrat de sous-traitance se caractérise d'une part par l'existence de deux contrats d'entreprise (maître de l'ouvrage/entrepreneur principal et entrepreneur principal/ sous-traitant), le sous-traitant étant autonome dans l'exécution de ses obligations contractuelles à l'égard de l'entrepreneur principal et, d'autre part, par la responsabilité de l'entrepreneur principal du fait de son sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage ».

<sup>249</sup> -محمد عزمي البكري، المرجع السالف الذكر، بند 153، ص. 342، وقصري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد المقولة، المرجع السابق، بند 145، ص. 245.

الرجوع على المقاولين الفرعيين". كما نصت المادة 178 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، والسالف الذكر على أنه " يجب على المهندسين المعماريين والمقاولين وكذا المراقبين التقنيين اكتتاب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني، على أن يبدأ سريان هذا العقد من الاستلام النهائي للمشروع. ويستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع و/أو ملاكيه المتتاليين إلى غاية انقضاء أجل الضمان".

لقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح " الضمان " في المادة 554 من القانون المدني، قاصدا تحميل المقاول والمهندس المعماري المسؤولية العشرية عن التهدم الكلي أو الجزئي للبناء المشيد من قبلهما، والعيوب الخطيرة التي تهدد سلامة ومتانة المبنى الذي يشيدونه في مواجهة صاحب المشروع، وذلك خلال العشر سنوات التي تلي تسلّم هذه الأعمال، وهو نفس الضمان الذي قصده المشرع في قانون التأمينات عندما حمل المراقب التقني المسؤولية العشرية إضافة إلى المقاول والمهندس المعماري. وهو نفس المصطلح الذي اعتمده المشرع في قانون الترقية العقارية<sup>250</sup> أين حمل مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين للمسؤولية العشرية عن تهدم البناء جراء عيوب في تشييده، حيث نصت المادة 46 منه على أنه " تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حال زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس". وهذا ما اصطلح على تسميته "بالضمان العشري" أو "الضمان الخاص" أو "المسؤولية الخاصة"<sup>251</sup>، أي تلك المسؤولية المقررة بنص خاص هو نص المادة 554 من القانون المدني، لأنّ المشرع ونظرا لأهمية أعمال البناء قد أخضع المقاول والمهندس

<sup>250</sup>- القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، والمحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج. ر. 6 مارس 2011، العدد 14، ص. 4.

<sup>251</sup>- حسين يسين عبد الرزاق، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء: شروطها - نطاق تطبيقها - الضمانات المستحدثة فيها - دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1987؛ منصور محمد حسين، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003 وياقوت محمد ناجي، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

المعماري لنظام قانوني مزدوج<sup>252</sup>، فضلا عن خضوعهما لقواعد المسؤولية العقدية والتقصيرية أثناء عملية تنفيذ المشروع - أي أثناء سريان عقد المقاولة - فهما يخضعان بعد عملية التسليم، لأحكام مسؤولية خاصة قررها المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي<sup>253</sup> بموجب نص خاص، ألقت على عاتقهما قرينة على تحملهما المسؤولية عن كل عيب يمس سلامة ومتانة البناء المشيد من قبلهما وعن كل تهدم كلي أو جزئي له، بل أخضع المشرع كل متدخل في عملية البناء إلى أحكام المسؤولية العشرية، بشرط أن يربطه برب العمل عقد، كالمراقب التقني.

---

<sup>252</sup> - تجدر الإشارة إلى أن المشرع لم ينظم مهنة المقاول مثل ما فعل بالنسبة لمهنة المهندس المعماري، وذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 18 مايو 1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، السالف الذكر، وقد عرّف الهندسة المعمارية في المادة 2 منه بأنها التعبير عن مجموعة من المعارف والمهارات المجتمعة في فن البناء كما هي انبعاث لثقافة ما وترجمة لها. وتعد نوعية البناءات وإدماجها في المحيط واحترام المناظر الطبيعية والحضارية وحماية التراث والمحيط المبني ذات منفعة عامة " كما سمى المهندس المعماري بصاحب العمل وعرفه بأنه : " كل مهندس معماري معتمد يتولى تصور إنجاز البناء ومتابعته ". أما مقاول البناء فقد اكتفى المشرع بتعريفه بموجب المطمة 13 من المادة 3 من القانون رقم 11-04، السالف الذكر، المنظم لمهنة المرقى العقاري بأنه : " كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري بعنوان نشاط أشغال البناء بصفته حرفيا أو مؤسسة تملك المؤهلات المهنية " أما المرقى العقاري فهو " في مفهوم هذا القانون، كل شخص طبيعي أو معنوي، يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تأهيل، أو تجديد أو إعادة هيكلة، أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها " .

<sup>253</sup> - Art. 1792 C. civ. fr. « Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère » .

V. aussi, art. 1792-2 (créé par L. n° 78-12 du 4 janvier 1978, mod. par Ord. n° 2005-658 du 8 juin 2005) C. civ. fr.: « La présomption de responsabilité établie par l'article 1792 s'étend également aux dommages qui affectent la solidité des éléments d'équipement d'un ouvrage, mais seulement lorsque ceux-ci font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert. Un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage » .

ونتساءل في هذا السياق، لماذا لم يكتف المشرع بأحكام المسؤولية العقدية لتعويض صاحب المشروع عن العيوب والأضرار اللاحقة به واستلزم مسؤولية خاصة؟ في هذا الخصوص، وحماية لرب العمل باعتباره الطرف الضعيف في العقد، قرر المشرع هذه المسؤولية لأنها مسؤولية مفترضة لا يحتاج فيها صاحب المشروع إلى إثبات خطأ المقاول والمهندس المعماري. إذ يلتزم المقاول والمهندس المعماري بتحقيق نتيجة تتمثل في إنجاز البناء سليماً وخال من العيوب وبقائه كذلك مدة عشر سنوات بعد تسليمه، فإذا ظهر عيب فيه أو وقع تدهم تخلفت النتيجة، فتقوم مسؤوليتهم، لأنهم أشخاص مهنيين يفترض احترافهم لأعمال التشييد والبناء. لذلك، فإن المسؤولية العشرية تقوم على افتراض الخطأ في جانب مؤجري العمل، وصاحب المشروع ملزم بإثبات الضرر كركن من أركان المسؤولية المدنية، أي تدهم أو تعيب البناء المشيد، دون حاجة إلى إثبات خطأ المهني. ولا يعفى المقاول والمهندس المعماري من هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة. وهذا ما أكدته القضاء الجزائري<sup>254</sup> عندما حمل المقاول وكل متدخل في البناء المسؤولية العشرية عن تدهمه أو تعيبه وجعله ضامناً لذلك تطبيقاً للمادة 554 من القانون المدني.

كما شمل قانون الترقية العقارية، ضمانات أخرى بجانب الضمان العشري، منها ضمان الإتمام الكامل للأشغال، وهذا بإخضاع المرقي العقاري باعتباره صاحب المشروع إلى هذا الضمان، عندما نص المشرع على أن " الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقي العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل

---

<sup>254</sup> - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار الصادر في 23 جانفي 1991، المجلة القضائية، ملف رقم 64748، العدد الرابع، 1992، ص. 31 الذي قضى بما يلي: " من المقرر قانوناً أن المهندس والمقاول بضمان بالتضامن ما يحدث خلال عشر سنوات من تدهم كلي أو جزئي فيما شيده من مباني أو أقامه من منشآت ثابتة أخرى، ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون. ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن قضاة المجلس بإخراجهم لديوان الترقية والتسيير العقاري من الخصام بالرغم من أن الخبرة المنجزة أظهرت أنه ضامن للبناء مع المقاول يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. "

للأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقى العقاري طيلة سنة واحدة<sup>255</sup>. كما أخضع ذات القانون المقاول لضمان الإتمام الكامل للأشغال ضمناً، لما عرفه كما يلي " الإتمام الكامل للأشغال: رفع التحفظات التي تم إيدؤها على إثر الاستلام المؤقت للأشغال وإصلاح عيوب البناء الملاحظة وذلك قبل الاستلام النهائي للمشروع العقاري<sup>256</sup>."

وبذلك، يلاحظ بأنّ المشرع الجزائري نص على ضمان الإتمام الكامل للأشغال في قانون الترقية العقارية، وأغفله في أحكام عقد المقاول المنصوص عليها في القانون المدني، مما يستوجب تدارك هذا الإغفال لأهمية هذا الضمان ليس في مشاريع الترقية العقارية فقط، بل في جميع عقود مقاولات البناء. ونفس الملاحظة، تطرح بشأن ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية، فهو الآخر ألزم المشرع به المرقى العقاري<sup>257</sup>، وأغفل النص عليه في القانون المدني بالنسبة للمقاول.

وخلافاً للمشرع الجزائري، فإنّ المشرع الفرنسي قد حمل صراحة المقاول ضمان حسن إتمام الأشغال بموجب أحكام عقد المقاول المنصوص عليها في القانون المدني، ومدته سنة تسري من يوم استلام رب العمل البناء<sup>258</sup>. وأخضعه كذلك، لضمان حسن سير عناصر

---

<sup>255</sup> - المادة 26 الفقرة 3 من القانون رقم 04-11، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، السالف الذكر.

<sup>256</sup> - المادة 3 المطلة 12 من القانون رقم 04-11، السالف الذكر.

<sup>257</sup> - المادة 44 من القانون رقم 04-11، السالف الذكر.

<sup>258</sup> - Art. 1792-6 als 2 à 6 C. civ. fr. : « La garantie de parfait achèvement, à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception. Les délais nécessaires à l'exécution des travaux de réparation sont fixés d'un commun accord par le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur concerné. En l'absence d'un tel accord ou en cas d'inexécution dans le délai fixé, les travaux peuvent, après mise en demeure restée infructueuse, être exécutés aux frais et risques de l'entrepreneur défaillant. L'exécution des travaux exigés au titre de la garantie de parfait achèvement est constatée d'un commun accord, ou, à défaut, judiciairement. La garantie ne s'étend pas aux travaux nécessaires pour remédier aux effets de l'usure normale ou de l'usage ».

تجهيز البناية، أو ما يسمى بضمان كفاءة الأداء، مدته سنتان تسري من تاريخ استلام المشروع<sup>259</sup>.

ونظرا لإغفال القانون المدني الجزائري النص على ضمان الإتمام الكامل للأشغال وضمان حسن سير تجهيزات البناية ضمن أحكام عقد المقاولة، فكثيرا ما يلجأ أطراف هذا العقد، أي صاحب المشروع والمقاول، إلى النص عليهما كبند من بنود العقد، فيصباحا أحكاما اتفاقية ملزمة.

وتتعلق أحكام الضمان بالنظام العام، سواء الضمان العشري أو الضمانات الأخرى، فلا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها باتفاقات وبنود تحد أو تخفف، أو تعفي المقاول والمهندس المعماري منها، لأنها ضمانات قانونية. فقد أبطل المشرع كل شرط من شأنه إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه<sup>260</sup>.

ويرى الفقه<sup>261</sup> بأن المشرع شدد من أحكام الضمان حتى يحث المعماريين والمقاولين على بذل العناية اللازمة في إنشاءاتهم، وبذلك أصبح الضمان ضرورة تفرضها حماية المصلحة

---

<sup>259</sup> -Art. 1792-3 C. civ. fr.: « Les autres éléments d'équipement de l'ouvrage font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de sa réception ».

<sup>260</sup> - المادة 556 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: " يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه".

Concernant le droit français, art. 1792-5 C. civ.: « Toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2, soit d'exclure les garanties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 ou d'en limiter la portée, soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4, est réputée non écrite ».

<sup>261</sup> - أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني: المقاولة - التزام المرافق العامة - عقد العمل - عقد الوكالة - عقد الوديعة - عقد العارية - الحراسة، معلقا على نصوصها بالفقه وأحكام النقض، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص. 63؛ محمد ناجي ياقوت، المرجع السالف الذكر، بند 150، ص. 257 ومحمد حسين منصور، المرجع السالف الذكر، ص. 176.

العامة من جهة، لما قد ينجر عن تعيب أو تهدم المباني من أضرار تصيب المجتمع، وحماية لرب العمل الذي هو بحاجة لحماية خاصة من الشروط المجحفة التي يضعها المقاولون في عقود مطبوعة، ثم يفاجئ بسقوط حقه في الضمان تطبيقاً لشرط وارد في العقد، ظنّ ألا تأثير له على حقوقه.

### الفرع الثاني: شروط تطبيق أحكام الضمان العشري في عقد مقاوله البناء

لا يمكن تطبيق أحكام الضمان العشري إلا إذا توافرت الشروط المذكورة في المادة 554 من القانون المدني وهي كالتالي:

#### الشرط الأول: ضرورة وجود عقد مقاوله بناء

لا يستفيد صاحب المشروع من أحكام الضمان العشري، إلا إذا كانت تربطه بالملتزم به علاقة تعاقدية، إذ تنص المادة 16 من القانون رقم 11-04، السالف الذكر، على أنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بمشروع عقاري معد للبيع أو الإيجار، ملزم بالاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانوناً حسب أهمية المشروع العقاري، وتؤسس العلاقة بين الطرفين بعقد مقاوله يبرم بعد الحصول على عقود التعمير المطلوبة. تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم". ويقصد بعقد المقاوله في مفهوم المادة 549 من القانون المدني، السالف الذكر " المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

بالتالي، وحتى تطبق أحكام الضمان العشري لابد من أن يرتبط طرفاً بالالتزام بعقد مقاوله بناء، يبرم بين صاحب المشروع و المقاول أو بين صاحب المشروع والمهندس المعماري أو معهما معاً، ومتى انتفت هذه الرابطة التعاقدية انتفت معها أحكام الضمان العشري. فإذا حصل الضرر بتهدم البناء أو تعييبه، حقّ لصاحب المشروع مساءلة المقاول أو المهندس المعماري أو الاثنين معاً على أساس الضمان العشري.

#### الشرط الثاني: واجب تعلق العمل بمباني أو منشآت ثابتة

أوجب المشرع حتى تطبق أحكام الضمان العشري، أن يكون محل العمل مباني أو منشآت ثابتة فما المقصود بكل منهما؟

#### أ- المقصود بالمباني:

ذهب الفقه إلى أن الأصل العام لتطبيق أحكام المسؤولية على المقاول الفرعي أن تكون أعماله واردة على المباني محل عقد المقاولة الأصلي أو جزءا منه، والسبب في ذلك أنه لا يختلف محل عمل المقاول الفرعي عن محل عمل المقاول الأصلي<sup>262</sup>.

وقد عرف المشرع الجزائري البناء بأنه " كل بناية أو منشأة يوجه استعمالها للسكن أو التجهيز أو النشاط التجاري أو الإنتاج الصناعي والتقليدي أو الإنتاج الفلاحي أو الخدمات"<sup>263</sup>، ثم عرفه في القانون رقم 04-11، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بأنه " كل عملية تشييد بناية و/أو مجموعة بنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني"<sup>264</sup>. هذا وقد ميز المشرع في ذات القانون بين البناء وأرضية البناء التي عرفها بأنها " وعاء عقاري تتوفر فيه حقوق البناء والتجهيزات الضرورية لتهيئته"<sup>265</sup>.

وبالرجوع إلى الفقه، يعرف البناء بأنه " كل ما يرتفع فوق سطح الأرض من منشآت ثابتة، من صنع إنسان، بحيث يستطيع الفرد أن يتحرك بداخلها، وأن توفر له الحماية ولو

---

<sup>262</sup>- أحمد حماد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، بند 43، ص. 49.

<sup>263</sup>- المادة 2 الفقرة الثانية من القانون رقم 08-15 المؤرخ في 20 جويلية 2008 الذي يحدد قواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها، ج. ر. 3 أوت 2008، العدد 44، ص. 19، وانظر أيضا المرسوم التنفيذي رقم 09-154 المؤرخ في 2 مايو 2009، الذي يحدد إجراءات تنفيذ التصريح بمطابقة البناء، ج. ر. 6 مايو 2009، العدد 27، ص. 28.

<sup>264</sup>- المادة 3 الفقرة الأولى من القانون رقم 04-11، السالف الذكر.

<sup>265</sup>- المادة 3 الفقرة 11 من القانون رقم 04-11، المذكور أعلاه.

جزئية ضد المخاطر الناتجة عن مؤثرات الطبيعة الخارجية"، أو "مجموعة من المواد أيا كان نوعها -خشباً أو جيرا أو جبسا أو حديداً أو كل هذا معا أو شيئاً غير هذا- شيدتها يد الإنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار"<sup>266</sup>. ومتى استوفى الشيء العناصر المذكورة في التعاريف السابقة عدّ بناء بغض النظر عن نوع المواد المستعملة في تشييده بشرط ثباته مستقراً بالأرض بشكل لا يمكن نقله دون هدم أو تلف<sup>267</sup>. ويدخل في نطاق البناء كذلك، الأعمال الواقعة على هيكل العقار من ترميمات وإصلاحات وأعمال التجديد والتعليق، وزخرفة وإضافات تجميلية. فهذه الأعمال قد تكون من الجسامة بحيث يفوق في تكلفتها تكلفة هيكل العقار نفسه، مما يعطيها أهمية معتبرة. ويشترط لاعتبار هذه الأعمال من البناء، تغييرها الجوهرية في تصميم البناء الأصلي<sup>268</sup>.

على أن أعمال الدهان والبياض والزخرفة تخضع في التطبيق للأحكام العامة للمسؤولية العقدية، ليس لأنّ المقاول الفرعي معفى من أحكام الضمان الخاص - كما سيتم دراسته أدناه - وإنما لأنّ هذه الأعمال لا يترتب على إنجازها بصفة معينة تهدم البناء المشيد.

## ب- المقصود بالمنشآت الثابتة

يجب أن نشير في البداية إلى أن المشرع الجزائري قد ذكر اصطلاح مباني ومنشآت ثابتة بصريح اللفظ بموجب نص المادة 554 من القانون المدني، التي تعلق بالالتزام المقاول

---

<sup>266</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السالف الذكر، الجزء الأول، بند 714، ص. 1072 و ياقوت محمد ناجي، المرجع السالف الذكر، بند 32، ص. 82.

<sup>267</sup>- محمد حسين منصور، المرجع السالف الذكر، ص. 120 وأمنة سميع، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، المرجع السالف الذكر، ص. 23.

<sup>268</sup> سرور محمد شكري، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، دار الفكر العربي، 1985، ص. 264؛ حسين يسين عبد الرزاق، المرجع السالف الذكر، ص. 665 وما بعدها وهاشم علي الشهوان، المرجع السالف الذكر، ص. 115.

والمهندس المعماري بضمان تهدم وسلامة المباني والمنشآت التي أقامها ضمنا عشريا يسري من تسليمها إلى صاحب المشروع.

وعلى خلاف المشرع الجزائري، فإن المشرع الفرنسي لم يستخدم عبارة المباني والمنشآت وإنما استعمل عبارة الأشغال الكبرى « *les gros ouvrages* » للدلالة على مجال أعمال أحكام الضمان العشري، وذلك في نص المادة 2270 من القانون المدني الفرنسي. وبالتالي، فإن النص الجزائري كان أوضح تعبيراً عن مقصوده في التمييز بين المباني والمنشآت الثابتة. فما المقصود بالمنشآت الثابتة؟

عرّف المشرع الجزائري المنشآت بصفة عامة بأنها " كل الأشغال، الأسس والهياكل الفوقية والأسوار والسقف". وقصد بالمنشآت الثابتة " التجهيزات المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالمنشآت، والتي من شأنها أن تستجيب لقيود الاستعمال وأن تكون مطابقة لاحتياجات المستعمل"<sup>269</sup>.

وقد اتفق الفقه على تعريف المنشآت الثابتة بأنها " كل عمل أقامته يد الإنسان، ثابتاً في حيزه من الأرض، متصلاً بها اتصالاً قراراً عن طريق الربط بين مجموعة من المواد أياً كان نوعها ومهما كان الغرض الذي أنشأت من أجله هذه الأعمال، سواء للسكن أو للإيواء". على أن هذه المنشآت من شأنها أيضاً تيسير انتقال الأشخاص من مكان لآخر، كالجسور والمعابر، كما توفر لهم سبل راحتهم كأرصفة محطات السكك الحديدية. وبالتالي، فليس بالضرورة أن تكون وظيفة المنشآت الثابتة إيواء الإنسان، ولا يتحتم أيضاً أن تكون هذه المنشآت فوق الأرض بل يصح أن تكون في باطنها، كالأنفاق مثلاً<sup>270</sup>. وفي هذا

---

<sup>269</sup>- المادة 23 الفقرة الثانية من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المتعلق بكيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء، ج. ر. 26 أكتوبر 1988، العدد 43، ص. 1479.

<sup>270</sup>- ياقوت محمد ناجي، المرجع السالف الذكر، بند 34، ص. 88؛ عبد الرزاق حسين يسين، المرجع السابق، ص. 661؛ السرحان عدنان ابراهيم، المرجع السالف الذكر، ص. 59 وهاشم علي الشهوان، المرجع السالف الذكر، ص. 114.

الخصوص، ميز جانب من الفقه المنشآت الثابتة عن البناء من حيث وظيفة كل منهما، فإذا كانت وظيفة المبنى تنحصر في إيواء الإنسان أو الحيوان، فإن المنشآت الثابتة تمتد وظائفها لتيسر على الشخص سبل انتقاله من مكان لآخر، أو توفر له سبل راحته أيضاً<sup>271</sup>.

ولكن نتساءل في هذا المجال عن ما إذا كان يصح للمنشآت الثابتة أن تكون محلاً لعمل المقاول الفرعي، وهل تثار مسؤوليته العقدية عنها أم لا؟

تبعاً لما سبق، يمكن القول بأن مسؤولية المقاول من الباطن تتحقق وتقوم على كل الأعمال التي كلف وتعاقد بشأنها متى ثبت تقصيره وإخلاله في إنجازها، سواء تعلق الأمر بمبنى أو بمنشآت ثابتة غير المباني. إذ أن المقاول الفرعي ملزم بتحقيق نتيجة، ويكفي للمقاول الأصلي أن يثبت وجود العيب في العمل المنجز دون الحاجة إلى إثبات الخطأ المرتكب من قبل المقاول الفرعي<sup>272</sup>.

### الشرط الثالث: تسلّم العمل من قبل صاحب المشروع

لتطبق أحكام الضمان العشري، لا بد من تسلّم صاحب المشروع العمل موضوع عقد المقاولة، ولقد ألزمت المادة 558 من القانون المدني<sup>273</sup> صاحب المشروع بتسلّم العمل بمجرد إتمامه من قبل المقاول. وباستقراء المادة 554 من القانون المذكور، يستنتج بأن المشرع جعل التسلم أهم التزام يقع على عاتق صاحب المشروع<sup>274</sup>، إذ بتمامه يعفى المقاول

<sup>271</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السالف الذكر، بند 61، ص. 107 وعبد الرزاق حسين يسين، المرجع السالف الذكر، ص. 682.

<sup>272</sup>- أحمد حماد، المرجع السالف الذكر، بند 45، ص. 52.

<sup>273</sup>- المعدلة والمتمة بموجب المادة 50 من القانون رقم 05-10، السالف الذكر.

<sup>274</sup>- إن المدين بالتسلم هو رب العمل، ولا يوجد ما يمنع من أن يقوم بهذا الالتزام شخص آخر غيره كالمهندس المعماري أو أي شخص آخر بمقتضى وكالة. ومن المهم أن يكون المتسلم شخصاً مهنياً حتى يتمكن من فحص العمل ومعاينته من أجل التأكد من مطابقته للمواصفات المتفق عليها.

من مسؤولية إصلاح العيوب الظاهرة إذا لم يتحفظ بشأنها صاحب المشروع، ما دام أنه عاين ما تسلّمه وتأكد من مطابقته للمعايير والشروط المتفق عليها في العقد، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإنه بمجرد التسلم تبدأ مدد الضمان المعماري في الاحتساب، إذ نصّ المشرع الجزائري<sup>275</sup>، على غرار المشرع الفرنسي<sup>276</sup>، صراحة على أنّ مدة الضمان العشري تبدأ من يوم تسلّم البناء تسلّمًا نهائيًا.

### الشرط الرابع: ضرورة ظهور العيب في البناء أو تدممه الكلي أو الجزئي خلال مدة الضمان العشري

لا يمكن أن تطبق أحكام الضمان العشري، إلا إذا كان العيب جسيماً، ولا يكون كذلك إلا إذا كان من شأنه تهديد متانة البناء وسلامته، وتمتد أحكام الضمان أيضاً لتشمل تهدم البناء سواء كان تهدماً كلياً أو جزئياً. فما المقصود بتعييب المباني وتهدمها؟

#### أ- مفهوم العيوب الموجبة لتطبيق أحكام الضمان العشري

عرف المشرع الجزائري العيب في مجال البناء كالاتي " يقصد بالعيوب كل عيب في المواد أو المنتوجات، أو عمل غير متقن من شأنه أن يهدد -فوراً أو بعد مدة- استقرار

---

<sup>275</sup>- المادة 554 الفقرة الثانية ق. م. ج. التي تنص: " وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلّم العمل نهائيًا".

<sup>276</sup> - Art. 1792-4-1 (Crée par L. n° 2008-561 du 17 juin 2008, JORF. 16 juillet 2008, art. 1<sup>er</sup>) C. civ. fr. : « Toute personne physique ou morale dont la responsabilité peut être engagée en vertu des articles 1792 à 1792-4 du présent code est déchargée des responsabilités et garanties pesant sur elle, en application des articles 1792 à 1792-2, après dix ans à compter de la réception des travaux ou, en application de l'article 1792-3, à l'expiration du délai visé à cet article ».

V. aussi, arts. 1792-3, préc. et 1792-6 al. 2 C. civ. fr. : « La garantie de parfait achèvement, à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception ».

المشروع وعمله في ظروف طبيعية<sup>277</sup>. وبالرجوع إلى الأحكام المنظمة لعقد المقاولة فإن العيوب التي تتسبب في حصول الضرر في مجال البناء تختلف باختلاف أسبابها، فقد يكون العيب في الأرض التي يشيد عليها البناء، أو في التصميم أو في المواد المستعملة في التشييد، أو فيطرق وأساليب تنفيذ المشروع بذاته.

والمقصود بعيوب البناء عند جانب من الفقه<sup>278</sup> "الخلل الذي يصيب المباني أو المنشآت الثابتة، والتي تقتضي أصول الصناعة وقواعد الفن خلوها منها". ومهما اختلفت أنواع العيوب التي قد تكتشف في العمل، فإن العيوب المتطلبة لتطبيق أحكام المسؤولية العشرية هي تلك العيوب التي لم يكن بإمكان رب العمل اكتشافها وقت حصول التسلم. أما العيوب الظاهرة، وهي تلك التي بإمكان صاحب العمل اكتشافها لو بذل في معاينة وفحص العمل موضوع التسلم عناية الشخص العادي، فلا يمكنه مساءلة المقاول عنها، إذا لم يبد أي تحفظات بشأنها وقت التسلم، فيكون بذلك قد قبلها ويعد متنازلاً ضمناً عن حقه في الرجوع بالضمان على الأشخاص الملتزمين به.

### ب- مفهوم التهدم الكلي والتهدم الجزئي للبناء

يقصد بالتهدم "انحلال الرابطة التي تربط بين أجزائه، أي حدوث انفصال يصيب البناء بأكمله أو جزء منه"<sup>279</sup>. والملاحظ بأنّ المشرع الجزائري قد سوى بموجب المادة 554 من القانون المدني، السالفة الذكر، بين ما إذا كان التهدم كلياً كسقوط البناية بكاملها، أو تهدماً جزئياً كسقوط جانب منها. إذ تخضع كل الأضرار التي تصيب البناية سواء كانت

<sup>277</sup>- المادة 23 المطعة 3 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 مايو 1988 المتضمن كفايات ممارسة تنفيذ الأشغال، السالف الذكر.

<sup>278</sup>- جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع - الإيجار - المقاولة، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، بند 750، ص. 395 ومحمد ناجي ياقوت، المرجع السالف الذكر، بند 43، ص. 106.

<sup>279</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السالف الذكر، بند 717، ص. 1215.

ناتجة عن عيوب جسيمة تهدد سلامتها ومثانتها دون أن تؤدي إلى انهيارها، أو أضراراً ناجمة عن عيوب أدت إلى انهيار أو تدهم للبنية إلى أحكام المسؤولية العشرية، بشرط أن يحصل الضرر خلال مدة الضمان، وهي عشرة سنوات تبدأ من التسلم النهائي للمشروع.

غير أنه يطرح التساؤل في حالة تعاقد مقاول من الباطن مع مقاول آخر من أجل بناء منشأة معينة، وبعد فترة من تسلم المقاول الأصلي للعمل، حصل تدهم البناء أو تبين وجود عيوب فيه، فهل يكون المقاول من الباطن ضامناً لذلك التدهم أو العيب لفترة عشر سنوات من تاريخ التسلم النهائي للعمل، مثل ما هو الأمر بالنسبة لضمان المقاول والمهندس المعماري لعيوب البناء وتهدمه؟ أتطرق إلى الجواب عن هذا التساؤل في المطلب الثاني.

## **المطلب الثاني: أساس عدم انصراف التزام المقاول الأصلي بالضمان العشري إلى المقاول الفرعي**

تبين مما سبق، أن المشرع الجزائري جعل مقاول البناء والمهندس المعماري ضامنين لتدهم البناء وللعيوب التي قد تظهر فيه خلال العشر سنوات التالية لتسلم النهائي للمشروع. وهو ما يعرف بالضمان العشري أو المسؤولية العشرية. كما أنه عندما فرض هذه المسؤولية على المقاول والمهندس المعماري اشترط وجود علاقة تعاقدية تربطهما برب العمل، وتتجسد هذه العلاقة في إطار عقد مقاول البناء. وإذا كان المقاول الأصلي في عقد المقاول من

الباطن يأخذ مركز صاحب المشروع<sup>280</sup>، إلا أن الحقيقة ليست كذلك، لأن رب العمل الحقيقي هو ذلك الذي يشيد البناء تحت مسؤوليته أو يقام العمل لصالحه ولحسابه فعلاً<sup>281</sup>.

وبذلك، فإنّ المقاول الأصلي ليس هو المالك الحقيقي للبناء الذي عهد بتنفيذه إلى المقاول الفرعي بموجب عقد المقاولة من الباطن، وبالتالي لا يمكن أن يباشر دعوى الضمان العشري ضد المقاول الفرعي في حالة ما إذا تحققت شروط هذا الضمان، السابق ذكرها.

وقد أخضع المشرع الجزائري صراحة المقاول الأصلي للمسؤولية العشرية<sup>282</sup> خلافاً للمقاول من الباطن الذي لم يحمّله هذه المسؤولية. ويمكن استنباط هذا الحكم من الفقرة الثالثة من المادة 554 من القانون المدني بنصّها على ما يلي " ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين ". غير أن هذا النص لم يمنع من رجوع المقاول الأصلي على المقاول من الباطن، ولكن ليس على أساس أحكام الضمان العشري، وإنما بناء على أحكام المسؤولية العقدية. ذلك أن الضمان العشري يخص المقاول الأصلي في علاقته بصاحب المشروع دون المقاول الفرعي. وبالتالي، لا يمكن للمقاول الأصلي أن يدفع المسؤولية عن نفسه بادعائه خطأ المقاول الفرعي. ولكن يمكنه الرجوع بعد ذلك على المقاول الفرعي بما يكون قد دفعه من تعويض لصاحب المشروع، متى كان

---

<sup>280</sup> - B. LOUVEAUX, *La responsabilité du sous-traitant face à ses cocontractants et aux tiers*, in *La sous-traitance*, Larcier éd., Bruxelles, 2006, p. 7, p. 36 : « *La cour de cassation a rappelé que l'entrepreneur principal devait, au regard des principes relatifs à la responsabilité décennale, être considéré comme un maître de l'ouvrage ordinaire* ».

<sup>281</sup> - وقد عرّفت المادة السابعة من المرسوم التشريعي رقم 94-07، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل والمتمم، والسالف الذكر، صاحب المشروع كالاتي: " يقصد بـ "صاحب المشروع" حسب مفهوم هذا المرسوم التشريعي، كل شخص طبيعي أو معنوي يتحمّل بنفسه مسؤولية تكليف من ينجز أو يحول بناء ما يقع على قطعة أرضية يكون مالكا لها أو يكون حائزا لحقوق البناء عليها طبقا للتنظيم والتشريع المعمول بهما ". كما تُعرّف المادة الثامنة من نفس المرسوم التشريعي صاحب المشروع المنتدب بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يفوضه صاحب المشروع قانونا للقيام بإنجاز بناء ما أو تحويله ".

<sup>282</sup> - المادة 554 الفقرة الأولى ق. م. ج.

الضرر سببه خطأ المقاول الفرعي<sup>283</sup>. ولا يضمن المقاول الفرعي عيوب البناء إلا في حدود القواعد العامة، فإذا تسلم المقاول الأصلي من المقاول الفرعي مبنى أقامه وسلمه لرب العمل، فإنّ ضمان المقاول الفرعي لعيوب البناء نحو المقاول الأصلي لا يقوم إلا لمدة قصيرة بحسب العرف من وقت تسلم المقاول الأصلي المبنى. أمّا ضمان المقاول الأصلي لتهدم البناء وتعيبه فإنه يبقى قائماً خلال عشر سنوات من التسلم النهائي للعمل<sup>284</sup>.

وبالرجوع إلى الأحكام المتعلقة بالترقية العقارية وسّع المشرع من دائرة الأشخاص الخاضعين للضمان العشري، فبالإضافة إلى المقاول والمهندس المعماري، أدرج في قائمة الملزمين بهذا الضمان صراحة مكاتب الدراسات وكل متدخل في البناء شريطة أن تربطه بصاحب المشروع علاقة تعاقدية<sup>285</sup>.

لذلك، جعل المشرع كل من يتدخل في عملية البناء مسؤولاً عن تهدم البناء وتعيبه، حتى ولو كان سببه النوعية الرديئة للأرضية المشيدة عليها البناء. فهل يقصد أن المقاول الفرعي أيضاً مسؤول مسؤولية عشرية عن العيوب والتهدم الذي قد يطرأ في البناء المنجز من قبله؟

---

<sup>283</sup>- حمادي جازية مجيدة، المرجع السالف الذكر، ص. 111.

<sup>284</sup>- فتحية قرّة، أحكام عقد المقاولة، دراسة فقهية قضائية للعقد في القانون المدني والتجاري وتطبيقات عملية لأهم عقود المقاولة مدعمة بكافة أحكام محكمة النقض الصادرة في هذا الشأن في 60 عاماً مع أهم صيغ العقود والدعاوى الواردة عليه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992، ص. 248، ومحمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة، دراسة بين تشريعات الدول العربية، القاهرة، 1977، بند 192، ص. 250.

V. aussi, J. BIGOT, *Sous-traitance et assurance au point de vue juridique*, in *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, (sous la direction de G. Gavalda), Economica éd., 1978, p. 89.

<sup>285</sup>- المادة 46 من القانون رقم 11-04 المتعلق بالقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، السالف الذكر، على أنّه: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل البناءة أو جزء منها جرّاء عيوب في البناء، بما في ذلك جرّاء النوعية الرديئة لأرضية الأساس".

بناء على أحكام المرسوم التنفيذي رقم 12-85 المؤرخ في 20 فبراير 2012، المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري<sup>286</sup>، يلاحظ إخضاع المشرع المقاول الفرعي للمسؤولية العشرية عن تهدم البناء كليا أو جزئيا بمناسبة تأسيسه للمسؤولية التضامنية بينه وبين المرقي العقاري.

وبهذا، يكون المشرع قد غير من نظام مسؤولية المقاول الفرعي، بإخضاعه للمسؤولية العشرية، والتي لا يخضع لها طبقا للأحكام الخاصة بعقد المقولة المذكورة في القانون المدني. إذ لم تخضع المادة 554 من القانون المذكور - والخاصة بالمسؤولية العشرية - المقاول الفرعي لهذه المسؤولية واقتصر على المهندس المعماري والمقاول. وحتى أحكام قانون التأمين، فقد اقتصر على إخضاع المهندسين المعماريين والمقاولين والمراقبين التقنيين للمسؤولية العشرية دون المقاول الفرعي<sup>287</sup>. وبذلك، وأمام الاختلاف الموجود بين نص المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 12-85، المذكور أعلاه، والمادة 554 من القانون المدني، فإن الحكم الأولي بالتطبيق هو حكم نص المادة 554 باعتبار أن القانون المدني الشريعة العامة للقانون الخاص، وهو حكم يطبق على المقاول الفرعي، أمام انعدام نص قانوني مستقل في التشريع الجزائري ينظم مهنة المقاول الفرعي أو نشاط التعاقد الفرعي. وما يؤكد عدم إلزامية المقاول الفرعي بالمسؤولية العشرية، عدم إخضاعه لهذا النوع من المسؤولية في تشريع الترقية العقارية الذي يعد قانونا، وبما أن المرسوم التنفيذي رقم 12-85

---

<sup>286</sup>- ج. ر. 26 فبراير 2012، العدد 11، ص. 10.

تنص المادة 30 من المرسوم التنفيذي المذكور على ما يلي: " يتعين على المرقي العقاري الاكتتاب في جميع التأمينات أو الضمانات القانونية المطلوبة. يتحمل المرقي العقاري خلال مدة عشر (10) سنوات، مسؤوليته المتضامنة مع مكاتب الدراسات والمقاولين والشركاء والمقاولين الفرعيين وأي متدخل آخر، في حالة سقوط البناية كليا أو جزئيا بسبب عيوب في البناء بما في ذلك رداءة الأرض".

<sup>287</sup>- المادة 178 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، السالف الذكر، التي تنص على ما يلي: " يجب على المهندسين المعماريين وكذا المراقبين التقنيين اكتتاب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني، على أن يبدأ سريان هذا العقد من الاستلام النهائي للمشروع. ويستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع و/أو ملاكيه المتتالين إلى غاية انقضاء أجل الضمان".

هو نص تطبيقي له، أي تشريع فرعي، والقانون المدني وقانون الترقية العقارية وقانون التأمين، هي تشريعات أساسية وما دام أن حكم التشريع الفرعي مخالفا لحكم التشريع الأصلي، فإن الحكم الأولى بالتطبيق هو حكم القانون المدني والقوانين اللاحقة له، وفي هذا تطبيق لقاعدة " الفرع يتبع الأصل".

ومن ثم، لا يخضع المقاول من الباطن للمسؤولية العشرية، لانعدام نص خاص يخضعه صراحة لتلك المسؤولية، كما لا يمكن أن يكون متضامنا مع المرقى العقاري في المسؤولية العشرية لهذا الأخير، لسبب بسيط، وهو انعدام رابطة تعاقدية بين المرقى العقاري الذي يأخذ صفة صاحب المشروع والمقاول الفرعي. وبانعدام عقد بين الشخصين، فلا يمكن أن تكون لهما مسؤولية تضامنية، ولا تكون للمرقى العقاري مسؤولية تضامنية إلا مع مكتب الدراسات والمقاول، بما أنه تربطه بهم علاقة تعاقدية، ومع المتدخلين الآخرين في عملية البناء متى كانوا مرتبطين مع المرقى العقاري بعقد بصفته صاحب مشروع.

وباستقراء أحكام القانون المدني الفرنسي، يلاحظ بأن مشرعه كان أكثر وضوحا في تحديده للأشخاص الخاضعين لأحكام الضمان العشري. فقد وضع حكما عاما مفاده أن كل معماري مسؤول اتجاه رب العمل أو مالكة على أساس الضمان العشري<sup>288</sup>، ثم بين على سبيل الحصر الأشخاص الذين يتصفون بصفة المعمارى، فلم يذكر المقاول من الباطن من بين هؤلاء الأشخاص المسؤولين بمقتضى قواعد المسؤولية العشرية، عند نصه في المادة 1-1792 من القانون المدني، على أنه " يعتبر معماريا يتولى تشييد عمل:

- 1- كل مهندس معمارى، مقاول فنى، أو أي شخص آخر يرتبط مع رب العمل بعقد
- 2- كل شخص يبيع العمل بعد إتمام تشييده سواء كان قد شيده بنفسه أو بواسطة

<sup>288</sup> - Art. 1792 C. civ. fr. : « Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître de l'ouvrage ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère ».

آخرين. 3- كل شخص يقوم بمهمة تشبه مهمة مؤجر العمل على الرغم من أنه يتصرف باعتبارها وكيلا عن مالك العمل"<sup>289</sup>.

وبذلك، فأى شخص يتصف بصفة المعماري من الناحية القانونية، يخضع لأحكام الضمان العشري بغض النظر عن الطرف الذي تجمع به علاقته التعاقدية، ومهما كانت طريقة تدخله في إنجاز العمل وفي أي مرحلة تدخل. ولهذا، نجد أن المشرع الفرنسي مدّ نطاق الضمان العشري إلى أشخاص آخرين بالرغم من أنهم لم يتعاقدوا مع صاحب المشروع في إطار عقد مقاوله. ومن بينهم وكيل صاحب المشروع الذي يتدخل على أساس عقد الوكالة، وليس على أساس عقد المقاوله، وبائع العقار سواء كان تحت التشييد<sup>290</sup> أو تام الإنجاز<sup>291</sup>، والصانع لعمل أو جزء من عمل أو لعنصر تجهيزي فيه<sup>292</sup>، وكذلك المستورد والموزع لهذه العناصر<sup>293</sup>. وأيضا الممول العقاري<sup>294</sup>. فلماذا يخضع كل هؤلاء لأحكام

---

<sup>289</sup> - Art.1792-1 C. civ. fr. : « Est réputé constructeur de l'ouvrage :1° Tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage ;

2° Toute personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire ;

3° Toute personne qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage ».

<sup>290</sup> - Art. 1646-1 C. civ. fr. : « Le vendeur d'un immeuble à construire est tenu, à compter de la réception des travaux, des obligations dont les architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux-mêmes tenus en application des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du présent code. Ces garanties bénéficient aux propriétaires successifs de l'immeuble. Il n'y aura pas lieu à résolution de la vente ou à diminution du prix si le vendeur s'oblige à réparer les dommages définis aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2 du présent code et à assumer la garantie prévue à l'article 1792-3 ».

<sup>291</sup> - Art. 1792-1 al. 2 C. civ. fr., préc. et art. L. 261-6 CCH (Modifié par L. n° 2006-872 du 13 juillet 2006 – art. 80, JORF 16 juillet 2006) : « Ainsi qu'il est dit à l'article 1646-1 du code civil :

" Le vendeur d'un immeuble à construire est tenu, à compter de la réception des travaux, ... et à assumer la garantie prévue à l'article 1792-3. ».

<sup>292</sup> - Art. 1792-4 al. 1 C. civ. fr. : « Le fabricant d'un ouvrage, d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance, est solidairement responsable des obligations mises par les articles 1792, 1792 et 1792-3 à la charge du locateur d'ouvrage qui a mis en œuvre, sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant, l'ouvrage, la partie d'ouvrage ou élément d'équipement considéré ».

<sup>293</sup> - Art. 1792-4 al. 2 et 3 C. civ. fr. : « Sont assimilés à des fabricants pour l'application du présent article : -Celui qui a importé un ouvrage, une partie d'ouvrage ou un élément d'équipement fabriqué à

المسؤولية العشرية، في حين يفلت منها المقاول الفرعي رغم تدخله الفعّال في أعمال البناء والتشييد، إذ يحتمل انجاز كامل المشروع من طرف مقاول أو عدة مقاولين فرعيين.

ونظرا لأهمية تدخل المقاول الفرعي في إنجاز العمل المكلف به المقاول الأصلي، اقتنع القضاء البلجيكي بضرورة تحميل المقاول من الباطن المسؤولية العشرية، وقد برر موقفه على أساس أن أحكام الضمان العشري لا تهدف إلى حماية صاحب المشروع والملاك اللاحقين، وإنما تهدف أيضا إلى حماية الأمن العام. كما أن المقاول الأصلي يكلف مقاولين آخرين لإنجاز بعض الأعمال من الباطن، لأنها أعمال تحتاج إلى مقاولين متخصصين، ليس بإمكان المقاول الأصلي انجازها لأنها تخرج عن تخصصه، مما يتعذر عليه معاينة العيوب المتصلة بها. وبذلك كان من الضروري تحميل المقاول من الباطن المسؤولية العشرية حماية للأمن العام وباعتباره شخصا مهنيا متخصصا في الأشغال المكلف بانجازها، من دون الحاجة إلى اشتراط علاقة تعاقدية مع صاحب المشروع<sup>295</sup>.

---

*l'étranger. -Celui qui l'a présenté comme son œuvre en faisant figurer sur lui son nom, sa marque de fabrique ou tout autre signe distinctif».* ».

<sup>294</sup> - Art. 1831-1 C. civ. fr. : « *Le contrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun par lequel une personne dite " promoteur immobilier " s'oblige envers le maître d'un ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices ainsi qu'à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet. Ce promoteur est garant de l'exécution des obligations mises à la charge des personnes avec lesquelles il a traité au nom du maître de l'ouvrage. Il est notamment tenu des obligations résultant des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du présent code* ».

<sup>295</sup> - Cass., 1<sup>er</sup> ch., 11 avril 1986, R.G.A.R., 1987, n° 11292, cité par B. Louveau, *La responsabilité du sous-traitant face à ses cocontractants et aux tiers*, in *La sous-traitance*, op. cit., p. 36: « *La responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs vise une double protection : celle du maître de l'ouvrage et celle de la sécurité publique qui exige des édifices solides. Cette protection du maître de l'ouvrage est aussi justifiée à l'égard de l'entrepreneur principal, celui-ci confiant fréquemment la sous-traitance à des personnes spécialisées dans certaines techniques que lui-même connaît moins bien, tandis que la protection de la sécurité publique exige que le sous-traitant soit aussi responsable lorsqu'un édifice périt en tout ou en partie ensuite d'un vice de construction dû au sous-traitant* ».

Et Bruxelles, 28 octobre 1987, J.L.M.B., 1988, p. 312, cité par B. Louveau, *La responsabilité du sous-traitant face à ses cocontractants et aux tiers*, in *La sous-traitance*, op. cit., p. 37 : « *Un sous-entrepreneur est entrepreneur pour la partie qu'il exécute. Il est tenu à la responsabilité décennale sans que cette responsabilité dépende de la condition qu'il ait contracté avec quelqu'un n'agissant pas comme entrepreneur principal* ».

لقد أخضع المشرع الفرنسي المتدخلين في أعمال البناء إلى أحكام الضمان الخاص، واعتبرهم في حكم المعماريين بغض النظر عن ارتباطهم أو عدم ارتباطهم مع رب العمل بعقود مقولة. فيسأل بائع العقار إذا كان مقاولاً شيدّ بناية لحسابه الخاص، ثم تصرف بها عن طريق البيع. كما يخضع الوكيل الذي عهدت إليه بعض الأعمال، دون تفرقة بين ما إذا كانت تصرفات قانونية أو أعمال مادية، طالما أن هذا الوكيل يقوم بمهمة تشبه مهمة المعماري، فإذا اقتصر عمل الوكيل على إبرام التصرفات القانونية باسم رب العمل أو لحسابه، فإنه يظل خاضعاً للأحكام العامة في عقد الوكالة<sup>296</sup>. كما اعتبر كل صانع لعمل أو لجزء من عمل، أو لعنصر من عناصر التجهيز في العمل معمارياً<sup>297</sup>، وبالتالي مسؤول مسؤولية تضامنية مع المقاول والمهندس المعماري تجاه رب العمل، بشرط أن يكون العمل، أو جزء منه أو العنصر التجهيزي المصنوع، استعمل بمعرفة المقاول استعمالاً مطابقاً للقواعد الموضوعية من قبل الصانع، وأن لا يكون المقاول قد أجرى تعديلاً في المنتجات المصنوعة التي تولى استعمالها في العمل<sup>298</sup>.

وتمتد أحكام الضمان العشري في القانون الفرنسي، لتشمل المستورد لأعمال مصنوعة في الخارج، رغم أنه لا يعتبر معمارياً ولا يرتبط برب العمل بعقد مقولة وإنما يرتبط

---

<sup>296</sup>- يرى الفقه أنه إذا أمكن التفرقة في محل العقد بين الأعمال المادية والأعمال القانونية، فإنه يجب إعمال عقد المقولة بالنسبة للأولى، وأحكام عقد الوكالة بالنسبة للثانية، أما إذا استحالت التفرقة فيجب تطبيق أحكام عقد المقولة على مجموع المهام التي أداها الوكيل لحساب المالك. أنظر في هذا الموضوع، عبد الرزاق حسين يسين، المرجع السالف الذكر، ص. 498 ومحمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، بند 21، ص. 55.

<sup>297</sup>- مثال عن صانع جزء من عمل قيامه بأعمال الأساسات دون الأعمال المتبقية لإكمال البناية، أما صنع عنصر تجهيزي في البناية، كقيامه بوضع السخانات المركزية وأجهزة التكيف والمساعد.

<sup>298</sup>- ضمان العيوب في عقد مقولة البناء، المرجع السالف الذكر . 79.

معهُ بعقد بيع<sup>299</sup>. وتمتد الأحكام المذكورة إلى الموزع متى قام بتوزيع الشيء المصنوع على أساس من صنعه، بوضع عليه اسمه أو ماركته أو أي علامة مميزة له.

تبعاً لذلك، فإن المقاول يبقى مسؤولاً بمقتضى أحكام المسؤولية العشرية تجاه رب العمل، ويتحمل المسؤولية بموجب الضمانات الناجمة عن تعاقدته مع موردي وبائعي السلع ومواد البناء والتجهيز، فيرجع رب العمل عليه بمقتضى الضمان الخاص، ويرجع المقاول عليهم بمقتضى القواعد العامة للضمانات التجارية. كما يستفيد صاحب المشروع من ضمان عيوب المنتجات بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية عن فعل المنتج، كون أنها مسؤولية لا تتطلب علاقة تعاقدية بالمتضرر من جهة، وتعتبر منتوجاً كل مال منقول ولو كان متصلاً بعقار<sup>300</sup>.

ويبرر البعض<sup>301</sup> عدم خضوع المقاول الفرعي لأحكام المسؤولية العشرية إلى أن هذا الأخير لا يرتبط ولا يعتبر طرفاً مباشراً في عقد المقاولة الذي يجمع صاحب المشروع بالمقاول الأصلي، من جهة. ومن جهة أخرى، يبرر جانب من الفقه عدم خضوع المقاول من الباطن لأحكام المسؤولية الخاصة بسبب تعامله مع المقاول الأصلي الذي يعد شخصاً محترفاً ومهنيًا متخصصاً في أعمال البناء، فلا يحتاج إلى الحماية التي يحتاجها رب العمل غير الخبير بشؤون البناء. وحتى وإن كان المقاول الأصلي تتقصه الخبرة أو تنعدم لديه، فلا يكون هذا السبب كمبرر في عقد يتوازن طرفاه في الكفاءة المهنية والفنية، كما هو الحال في

---

<sup>299</sup>- يرى الفقه بأن المشرع الفرنسي أخضع المستورد لأحكام الضمان حتى يمكن رب العمل من الرجوع عليه، إذا تعذر عليه الرجوع على الصانع، سواء لأن شخصية الصانع غير معروفة، أو لأنه يقيم بالخارج. أنظر محمد ناجي ياقوت، المرجع السالف الذكر، بند 23، ص. 67.

<sup>300</sup>- المادة 140 مكرر ق. م. ج. المستحدثة بموجب المادة 42 من القانون رقم 05-10، السالف الذكر.

<sup>301</sup>- عبد القادر العرعاري، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري بالمغرب، الطبعة الأولى، دار الأمان للنشر والتوزيع، الرباط، 2009، بند 209، ص. 254.

العقد الذي يربط المقاول الفرعي بالمقاول الأصلي، على خلاف العقد الذي يربط هذا الأخير بصاحب المشروع<sup>302</sup>.

أخيراً، يمكن القول أنّ المشرع الجزائري اتبع نظيره الفرنسي في عدم إخضاع المقاول الفرعي لأحكام المسؤولية العشرية. غير أنّ موقف القضاء البلجيكي المذكور سابقاً، كان أقرب إلى منطق العدالة والإنصاف عند إخضاعه المقاول من الباطن للمسؤولية العشرية، نظراً لأهمية تدخله في انجاز العمل، إذ أنّ المشاريع الكبرى والمعقدة تعتمد على التعاقد الفرعي في إنجازها، فيعد المقاول الفرعي مسؤولاً عن التهدم أو العيوب التي تظهر في الجزء الذي أنجزه. كما أنّ حماية مصالح رب العمل والمصلحة العامة للمجتمع تقتضي إخضاع المقاول الفرعي للمسؤولية العشرية، لاسيما وأنّ المقاول الفرعي يمتلك سلطة في مطالبة صاحب المشروع مباشرة بدفع أجره، متى تخلف عن ذلك المقاول الأصلي. فكان من الصواب تحميل المقاول من الباطن المسؤولية العشرية أمام منحه الضمان والسلطة القانونية في مطالبة صاحب المشروع بأجره عن طريق الدعوى المباشرة، وهي موضوع المبحث التالي.

## المبحث الثاني: الضمانات المقررة للمقاول من الباطن في الحصول على أجره من قبل صاحب المشروع

---

<sup>302</sup> - محراش سميرة، مدى تطبيق أحكام الضمان العشري على المقاول من الباطن، مجلة محكمة، العدد الممتاز 7-8، فبراير - أبريل، 2010، ص. 215 وجعفر الفضلي، المرجع السالف الذكر، ص. 432.

سبق الذكر، أن العلاقة بين صاحب المشروع والمقاول الأصلي، يحكمها عقد المقابلة، والعلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي يحكمها عقد المقابلة من الباطن. ومعلوم أن العقد شريعة المتعاقدين وتتنحصر آثاره بين أطرافه. أما علاقة صاحب المشروع بالمقاول الفرعي، فهي علاقة غير مباشرة يتوسطها المقاول الأصلي. فهو دائن لرب العمل، ومدين في نفس الوقت للمقاول من الباطن.

لذلك، وكمبدأ عام لا يعتبر المقاول الفرعي مسؤولاً عن سوء أو عدم تنفيذ الأعمال التي كلف بانجازها بموجب العقد الفرعي تجاه صاحب المشروع. ويبقى المقاول الأصلي هو المسؤول الوحيد تجاهه عن العيوب التي تظهر في العمل موضوع العقد، أو عن عدم إتمام إنجازها. غير أن المشرع وفي مجال المقاولات الفرعية أعطى ضمانات للمقاول الفرعي في مواجهة صاحب المشروع، بمقتضى نص صريح قرر بموجبه إمكانية مباشرة الدعوى المباشرة من قبل المقاول الفرعي لاستفاء أجره المستحق لدى المقاول الأصلي (المطلب الأول). ومن جهة أخرى خول له حق امتياز على ما يتم حجزه على ما يكون للمقاول المدين له لدى الغير من المبالغ المستحقة الأداء وقت توقيع الحجز (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: النظام القانوني للدعوى المباشرة

تعد الدعوى المباشرة خروجاً عن القواعد العامة التي تقضي بأن العقد لا يكون سارياً إلا على أطرافه، ولا يسري أثره على الغير. وقد أمدّ المشرع بموجب أحكام خاصة حق رفع هذه الدعوى إلى أشخاص آخرين غير المقاول الفرعي، وأقرّ إجراءات قانونية لابد من احترامها قبل رفع الدعوى. غير أن الإشكال الذي أحاول معالجته هو حالة ما إذا قاول المقاول الفرعي بدوره من الباطن، فهل يستفيد المقاول الفرعي الثاني من الحماية القانونية المقررة للمقاول الفرعي الأول؟

لدراسة النظام القانوني للدعوى المباشرة لا بد من التطرق إلى مفهومها (الفرع الأول)، ثم إلى الآثار التي تنجم عن ممارستها (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مفهوم الدعوى المباشرة

دراسة مفهوم الدعوى المباشرة يتطلب تعريفها، وإبراز أهم الخصائص التي تميزها عن باقي الدعاوى القانونية، وكذا أنواعها.

### أولاً: تعريف الدعوى المباشرة

إنَّ انتفاء علاقة تعاقدية تربط المقاول الفرعي بصاحب المشروع، لا يعني بالضرورة انعدام أية علاقة تجمع بين عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة الفرعي، بل أن العقدين يتحدان في المحل المتمثل في تنفيذ الأشغال المنفق عليها بين صاحب المشروع والمقاول الأصلي. ويترتب على ذلك، أنه في الأصل لا تقوم علاقة تعاقدية مباشرة بين رب العمل والمقاول الفرعي، إذ لا يربطهما أي عقد، بل يعتبر هذا الأخير من الغير بالنسبة لعقد المقاولة الأصلية<sup>303</sup>. وبالتالي، لا يحق لصاحب المشروع الرجوع مباشرة على المقاول الفرعي لمطالبته بإصلاح العيوب التي عاينها وقت استلام الأعمال أو بإتمامها أو تعويض الضرر اللاحق به، فالمسؤولية العقدية لا تتجم إلا من تنفيذ العلاقة الرابطة بين أطراف العقد الواحد، فلا يجوز للغير التمسك بها لأنه أجنبي عن العقد. ويمكن القول أن قاعدة انتفاء علاقة قانونية بين صاحب المشروع والمقاول الفرعي، تجد أساسها في مضمون القواعد العامة للعقود، التي تخضع القوة الملزمة للعقد بالنسبة للأشخاص إلى مبدأ هام يسمى "بمبدأ نسبية أثر العقد"، ومفاده أن أثر العقد يقتصر على طرفيه، فلا ينصرف إلى غيرهما كأصل عام. وبهذا نصت المادة 106 من القانون المدني بأن "العقد شريعة المتعاقدين" والمادة 113 من نفس القانون على أنه "لا يترتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً"<sup>304</sup>.

<sup>303</sup> - F. BALON, *Relations entre maître de l'ouvrage et sous-traitant : Aperçu synthétique*, in *La sous-traitance*, (sous la direction de F. Balan, B. Louveaux et P. Henry), *op. cit.*, p. 193.

<sup>304</sup> - يرى الفقه في هذا الخصوص، أنه لا بد من التوسع في قصد كلمة "المتعاقدين"، فليس المقصود بها المتعاقدين فحسب، بل كذلك الخلف العام والخلف الخاص وحتى الدائنين. وتجب الإشارة إلى أن الدائن لا يعتبر لا خلفاً عاماً ولا خلفاً خاصاً، لأنه لا يخلف مدينه في ذمته من حقوق والتزامات، بل له حق الضمان العام على أموال المدين. وله بموجب هذا الضمان حق استعمال الدعوى غير المباشرة (*l'action oblique*) التي يرفعها الدائن نيابة عن مدينه لإدخال حق تقاعس عنه المدين في الضمان العام، والدعوى البوليصية (*l'action paulienne*) للطعن

تأسيساً على ذلك، فإنّ العلاقة بين صاحب المشروع والمقاول من الباطن هي علاقة غير مباشرة، فلا يمكن لرب العمل أن يطالب المقاول الفرعي مباشرة بتنفيذ التزامه بانجاز العمل والتزامه بالتسليم والضمان، لا بموجب عقد المقابولة الأصلي لأن المقاول الفرعي ليس طرفاً فيه، ولا بموجب العقد الفرعي لأن صاحب المشروع ليس طرفاً فيه أيضاً. بل له الرجوع على المقاول الأصلي، على أساس أن هذا الأخير مسؤول عن تصرفات وأخطاء المقاول الفرعي تجاه رب العمل<sup>305</sup>. ومن ثم، رجوع المقاول الأصلي على مقاوله الفرعي بحكم العلاقة التعاقدية التي تربطهما. كما لا يمكن للمقاول الفرعي مطالبة رب العمل مباشرة بتنفيذ التزاماته، وإنما يقع على عاتق المقاول الأصلي المطالبة بذلك<sup>306</sup>.

بالمقابل، يحق للمقاول الفرعي ممارسة الدعوى غير المباشرة لمطالبة صاحب المشروع بأداء أجره المستحق على مدينه الأصلي، أي المقاول الأصلي<sup>307</sup>. غير أن ممارسة مثل هذه الدعوى يرتبط بضرورة توافر شروطها من جهة، ولا تحقق للمقاول الفرعي الهدف

---

في تصرف المدين الذي يغش دائنيه، وهذا ما نصت عليه المادة 191 ق. م. ج. " لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان هذا التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره، وذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية". والدعوى الصورية (*l'action en simulation*) للتمسك بالعقد الصوري، وهو ما جاءت به المادة 198 ق. م. ج. " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري". أنظر في هذا الموضوع أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق الذكر، الجزء الأول، بند 344، ص. 596 وعلي سليمان، المرجع السابق الذكر، بند 72، ص. 88.

<sup>305</sup> - المادة 564 الفقرة 2 ق. م. ج.

<sup>306</sup> - قدرى عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد المقابولة، المرجع السابق، بند 148، ص. 246 ومحمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السالف الذكر، ص. 252.

<sup>307</sup> - المادة 189 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: " لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصاً بشخص أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وإن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره، أو أن يزيد فيه. ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام".

الذي يبرجه، وهو حصوله على أجره مباشرة، من جهة أخرى. كون أن الديون المتحصّلة من ممارسة الدعوى غير المباشرة تضم إلى ذمة مدين من باشرها لتشكل الضمان العام لجميع الدائنين<sup>308</sup>. ومن ثم، حصول المقاول الفرعي على أجره المستحق على المقاول الأصلي من صاحب المشروع عن طريق الدعوى غير المباشرة، لا يحميه من مشاركة باقي الدائنين له، فيتزاحم معهم في اقتسام أموال المقاول الأصلي ويتحمل قسمة الغرماء، لأن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له حق التقدم والأولوية طبقا للقانون فلا يستطيع المقاول الفرعي الاستئثار بحقوق المقاول الأصلي عند صاحب المشروع<sup>309</sup>.

ولذلك، ومن أجل ضمان حقه في الحصول على أجره بعيدا عن مزاحمة باقي الدائنين، منح المشرع الجزائري<sup>310</sup> متبعا نظيره المصري<sup>311</sup> للمقاول الفرعي الحق في رفع

---

<sup>308</sup>- الأصل أن يرفع الدائن دعوى مباشرة على المدين من أجل المطالبة بالدين عند حلول أجل الوفاء. واستثناء يجوز له أن يرفع دعوى غير مباشرة عندما يكون مدينه دائن لدى الغير، وتقاسم عن المطالبة بدينه فيرفعها نيابة عنه، إذ تقوم الدعوى غير المباشرة على فكرة النيابة لأن الدائن يعتبر نائبا عن مدينه في تحصيل حقوقه، وهي نيابة قانونية منحها القانون للدائن لاستعمال حقوق مدينه. تطبيقا للمادة 190 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: "يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه". ويعرف الفقه الدعوى غير المباشرة بأنها: "وسيلة تخول الدائن أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين التي يقعد عن استعمالها أو المطالبة بها وذلك للمحافظة على الضمان العام". وهي نظام قانوني يسمح للدائن بموجبه أن يستعمل حقوق مدينه وباسمه، إذا لم يستعملها بنفسه من أجل حفظ حقه (حق الدائن) في الضمان العام. وقد سميت بالدعوى غير المباشرة لعدم وجود رابطة قانونية تربط بين الدائنين ومدين مدينهم بصورة مباشرة. كما تعرف أيضا بأنها دعوى يرفعها الدائن باسم مدينه للمطالبة بحق له في ذمة الغير، إذا كان إهمال المدين في المطالبة به مؤديا إلى إفساره ليدخل هذا الحق في ذمة المدين، ويبقى ضمانا لحقه أو لينفذ عليه به. للمزيد من التفصيل، أنظر سامي محمد، المرجع السالف الذكر، ص. 296.

<sup>309</sup>- أحمد حماد، المرجع السالف الذكر، بند 139، ص. 204.

<sup>310</sup>- المادة 565 ق. م. ج. التي تنص على أنه "يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما (لا) يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل. ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم على ما تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول الفرعي وقت توقيع الحجز. ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه، ويجوز أداء هذه

دعوى مباشرة ضد صاحب المشروع لمطالبته بأجره المستحق له على ذمة المقاول الأصلي<sup>312</sup>. ومن ثم، يلتزم صاحب المشروع بأدائه للمقاول الفرعي أجره المستحق على المقاول الأصلي مباشرة، دون ضمه إلى ذمة المقاول ليتزاحم عليه جميع دائنيه. مما يجعل الدعوى المباشرة ذات أفضلية عن الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمقاول الفرعي، الذي يمارسها من أجل الحصول على أجره من صاحب المشروع، ما دام أن المشرع منحه هذه

---

المبالغ إليهم مباشرة. وحقوق المقاولين الفرعيين والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة، مقدمة على حقوق الشخص الذي تنازل له المقاول عن دينه تجاه رب العمل".

<sup>311</sup>- نص المادة 565 ق. م. ج. يتطابق مع نص المادة 662 من القانون المدني المصري، وهو نفس النص الموجود في التشريع البلجيكي:

Art 1798 C. civ. belge : « *Les maçons, charpentiers, ouvriers, artisans et sous- traitants qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée. Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur et l'entrepreneur comme maître de l'ouvrage à l'égard des propres sous-traitants du premiers* ».

<sup>312</sup>- خلافا لما أقره المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي والمصري من حق ممارسة المقاول الفرعي للدعوى المباشرة ضد صاحب العمل، فإن المشرع المغربي لم يمنح هذه السلطة للمقاول الفرعي، واقتصر هذا الحق عنده على العمال والصناع المستخدمين في تشييد العمل، الفصل 780 من ظهير الالتزامات والعقود التي تنص على ما يلي: " للعمال والصناع المستخدمين في تشييد بناء أو أي عمل آخر يقع بالمقاول، الحق في إقامة دعوى مباشرة ضد من أجرى الصنع لصالحه. في حدود المبالغ التي يكون ملتزما بها للمقاول عند إجراء أحدهم حجزا صحيحا عليها وما يلتزم به له بعد هذا الحجز. ولهم حق الامتياز على هذه المبالغ بنسبة دين كل واحد منهم. ويجوز لرب العمل أن يدفع لهم هذه المبالغ مباشرة، إذا صدر بذلك حكم القاضي. والمقاولون الفرعيون الذين يستخدمهم المقاول الأصلي ومقدمو المواد الأولية ليست لهم أية دعوى مباشرة ضد رب العمل وليس لهم أن يباشروا إلى دعاوى مدنيهم". وبهذا، لم يمنح المشرع المغربي لمقاول البناء الفرعي الحق في إقامة دعوى مباشرة ضد رب العمل، وإنما له حق رفع دعوى غير مباشرة ضده، وهو بذلك لم يمنح المقاول الفرعي الحماية الخاصة التي أولاها لغيره من العمال والصناع والمستخدمين الذين اعترف لهم بالإضافة إلى حق الدعوى المباشرة تجاه من أجرى الصنع لفائدته، بحق امتياز على المبالغ المتحصل عليها نتيجة حجز قانوني صحيح. أنظر في هذا الموضوع محمد أزهرى، *عقد المقاول من الباطن*، بحث تأهيلي لنيل دبلوم الدراسات المعمقة، تخصص القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، 2006-2007، ص. 21.

السلطة، فهي دعوى تقرر بناء على نص قانوني، ولا دخل لإرادة المتعاقدين لممارستها، كونها دعوى استثنائية مقررة بنص القانون<sup>313</sup>.

وتعرف الدعوى المباشرة بأنها الحق المعترف به لشخص في اقتضاء ما هو مستحق له من مدين مدينه، فهي تسمح للدائن برفع الدعوى باسمه شخصيا ولحسابه ضد مدين مدينه، بهدف الحصول على حقه مباشرة مما يجب أن يؤديه هذا الأخير لمدينه. وتعرف كذلك بأنها الدعوى التي يصبح بموجبها الدائن دائئا مباشرا لمدين مدينه، فيحق له بواسطتها مطالبة مدين المدين باسمه هو شخصيا، وليس باسم مدينه، وذلك بأن يؤدي له ما كان يجب أن يؤديه للمدين في حدود دين الدائن لمدينه<sup>314</sup>. وهي وسيلة كفلها القانون لحماية حقوق بعض الدائنين قبل مدينهم بالرجوع المباشر على مدين مدينهم، أي يجب وجود نص تشريعي يجيز للدائن الرجوع على مدين مدينه بالدعوى المباشرة. وتعد الدعوى المباشرة من الدعاوى الخاصة التي تتعلق بأموال محددة في ذمة صاحب المشروع باعتباره مدينا للمقاول الأصلي، ولا تتعلق بكل أمواله، أي أنها تنحصر على ما يكون مستحقا للمقاول الأصلي تجاه رب العمل في الأصل. وتعد الدعوى المباشرة استثناء عن مبدأ عدم انصراف أثر العقد للغير، إذ أنها تخول الدائن المطالبة بحق ناشئ عن عقد لم يكن طرفا فيه، وذلك باسمه هو لا باسم مدينه الذي أبرمه العقد، وكأن العقد الذي أنشأ حقا للمدين امتد أثره إلى دائئه، فاكتمب حقا مباشرا منه<sup>315</sup>.

---

<sup>313</sup>- أحمد حماد، المرجع السالف الذكر، بند 142، ص. 207.

<sup>314</sup>- ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، دراسة موازية، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، بند 717، ص. 373 والعربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السالف الذكر، بند 176، ص. 234.

<sup>315</sup>- محمد صبري السعدي، المرجع السالف الذكر، بند 344، ص. 348 وسامي محمد، المرجع السالف الذكر، ص. 286 ويقول بأنها نعتت بالدعوى المباشرة تمييزا لها عن الدعوى غير المباشرة، إذ أنها تخول للدائن الحق في الرجوع المباشر على مدين المدين، أي أنه يباشر الدعوى باسمه شخصيا وليس باسم مدينه، ويصبح بمقتضاها دائئا شخصيا لمدين مدينه، وله أن يستأثر بالحق الذي في ذمة مدين المدين.

يتضح مما سبق، أنّ المشرع الجزائري قد حدد نطاق رجوع المقاول الفرعي على صاحب المشروع وذلك بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى بموجب العقد الأصلي، فلا يمكن مطالبته بأكثر مما هو مدين به أصلاً. فلو كان ما يطالب به المقاول الفرعي أكثر مما يكون رب العمل ملتزماً به في اتجاه المقاول الأصلي، فلا يؤدي إلاّ في حدود المبلغ المدين به. إذ تفترض الدعوى المباشرة أن يكون للمقاول الفرعي دين لدى المقاول الأصلي من جهة، وأن يكون لهذا الأخير ديناً في ذمة صاحب المشروع، وترفع الدعوى المباشرة على أدنى مبلغ من هذه الديون<sup>316</sup>.

أمّا المشرع الفرنسي، فلم ينص على أحقية المقاول من الباطن في المطالبة بأجره عن طريق الدعوى المباشرة من صاحب المشروع في القانون المدني، وإنما خصص العنوان الثالث من القانون رقم 75-1334 المتعلق بالتعاقد الفرعي للدعوى المباشرة<sup>317</sup>، بعد ما خصّ العنوان الثاني من القانون المذكور للدفع المباشر. ويتعلّق الدفع المباشر بالصفقات المبرمة من طرف الدولة، الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية، إذ منح للمقاول الفرعي للهيئات المذكورة حق مطالبته بتسديد أجره مباشرة، شريطة أن يكون قد وافق عليه صاحب المشروع واعتمد شروط دفع أجره<sup>318</sup>. ومن ثم، منح المشرع الفرنسي للمقاولين الفرعيين

---

<sup>316</sup> - J.-P. RENARD, *Relations entre maître de l'ouvrage et sous-traitant: l'action directe - Bilan et perspectives*, in *La sous-traitance*, Séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002, Bruylant éd., Bruxelles, 2003, p. 171, p. 174 et P. HENRY, *L'action directe et le privilège du sous-traitant*, in *la sous-traitance*, Larquier éd., Bruxelles, 2006, p. 43, p. 52 : « *L'action directe ne porte évidemment que sur les dettes du maître de l'ouvrage au moment où l'action est intentée. Il n'est cependant pas requis que la créance de l'entrepreneur principal sur le maître de l'ouvrage soit liquide et exigible* ».

<sup>317</sup> - Art. 12, L. n° 75-1334, du 31 décembre 1975, (mod. par art. 5, L. n° 94-475 du 10 juin 1994, JORF 11 juin 1994): « *Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage.*

*Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite.*

*Cette action directe subsiste même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.*

*Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1799-1 du code civil sont applicables au sous-traitant qui remplit les conditions édictées au présent article ».*

<sup>318</sup> - Art. 6 al. 1, L. n° 75-1334 du 31 décembre 1975, (mod. par ord. 2000-916 du 19 septembre 2000, art. 5, JORF 22 septembre 2000 et L. n° 2001-1168 du 11 décembre 2001- art. 6, JORF 12 décembre

للمشاريع الخاصة حق مباشرة الدعوى المباشرة، ما دام لا يحق لهم المطالبة بالدفع المباشر لأجورهم<sup>319</sup>.

وقد اختلفت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية مع غرفتها المدنية، إذ قضت الأولى بأحقية المقاول الفرعي في مباشرة الدعوى المباشرة ضد صاحب المشروع إذا لم يسدد المقاول الأصلي أجره، حتى وإن لم يتم قبوله من قبل صاحب المشروع ولم يعتمد شروط دفع أجره. في حين اشترطت الغرفة المدنية، أن يكون المقاول الفرعي قد نال موافقة صاحب المشروع واعتمد شروط دفع أجره، حتى يحق له مباشرة الدعوى المباشرة<sup>320</sup>. ومن أجل وضع حد لهذا الخلاف، اجتمعت الغرفة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية، واشترطت توافر موافقة صاحب المشروع على المقاول الفرعي، وأن يكون قد اعتمد شروط دفع أجره، حتى تقبل الدعوى المباشرة. غير أنها أكدت بأن صاحب المشروع هو الطرف الوحيد الذي بإمكانه الدفع بعدم توافر شرط قبول المقاول الفرعي وعدم اعتماد شروط أداء مستحقاته أثناء مباشرة

---

2001): « *Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution* ».

v. aussi, Cass. civ., 3 décembre 2008, RDC 2009, n° 2, p. 633, note P. Puig : « *L'institution dans les marchés public d'un paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage ne fait pas disparaître le contrat de sous-traitance et laisse au sous-traitant la faculté d'agir en paiement contre l'entrepreneur principal ou de solliciter la fixation de sa créance, sans être contraint d'épuiser auparavant les voies de recours contre le maître de l'ouvrage* ».

<sup>319</sup> - Art. 11, L. n° 75-1334, : « *Le présent titre s'applique à tous les contrats de sous-traitance qui n'entrent pas dans le champ d'application du titre II* ».

<sup>320</sup> - Sur cette question, v. A. BENABENT, *Sous-traitance des marchés des personnes privées*, op. cit., n° 76, p. 32: « la question est longtemps demeurée incertaine de savoir si le sous-traitant non agréé dispose néanmoins de l'action directe organisée par le titre III de la loi du 31 décembre 1975. La divergence sur ce point s'est installée au plus haut niveau puisque la chambre commerciale de la cour de cassation a posé le 19 mai 1980 que « *même si l'entrepreneur principal n'a pas fait accepter le sous-traitant et n'a pas fait agréé les conditions de paiement du contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage, le sous-traitant a de par la loi, en cas de défaillance de l'entrepreneur principal, une action directe contre le maître de l'ouvrage* », tandis que la troisième chambre civile de la même instance, jugeait le 29 mai 1980, que les sous-traitants n'ont une action directe contre le maître de l'ouvrage que si celui-ci a accepté chaque sous-traitant et agréé les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance... »

الدعوى المباشرة، وليس بإمكان المقاول الأصلي ولا دائنييه الاحتجاج بذلك<sup>321</sup>، واستقر العمل بعد ذلك طبقاً لهذا الاجتهاد<sup>322</sup>.

وعلى خلاف المشرع الجزائري - الذي لم يبين شروط ممارسة الدعوى المباشرة - فإنّ المشرع الفرنسي اشترط لممارسة الدعوى المباشرة عدم تسديد المقاول الأصلي مستحقات المقاول الفرعي بعد انقضاء مهلة شهر بعد إعداره، مع واجب تبليغ صاحب المشروع نسخة من الإعدار. كما يحق للمقاول الفرعي ممارسة الدعوى المباشرة حتى مع تعرض المقاول الأصلي لتصفية أمواله أو تعرضه للتسوية القضائية، وكل تنازل عن حق ممارسة الدعوى المباشرة يعد كأنه لم يكن<sup>323</sup>.

تجدر الإشارة، إلى أنه في مجال الصفقات العمومية، لا مجال للجوء إلى الدعوى المباشرة، وذلك بسبب إمكانية حصول المقاول الفرعي للصفقة على مستحقاته مباشرة من

---

<sup>321</sup> - Cass. Ch. mixte, 13 mars 1981, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligation, contrat spéciaux, suretés*, (sous la direction de H. Capitant, F. Terre et Y. Lequette), Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 536 : « L'action directe instituée par l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 trouve son fondement dans la volonté du législateur et non dans les contrats conclus entre les parties. Elle est donc ouverte aux sous-traitants, même si leur contrat a été conclu avant l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1975. Si, en application de l'article 3 de la loi, les sous-traitants n'ont une action directe contre le maître de l'ouvrage que si celui-ci a accepté chaque sous-traitant et agréé les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance, ce texte n'exige pas que l'acceptation et l'agrément soient préalables ou concomitants à la conclusion du contrat de sous-traitance. L'absence d'acceptation et d'agrément peut être opposée au sous-traitant exerçant l'action directe par le maître de l'ouvrage, mais non par l'entrepreneur principal, car il a manqué à son obligation de faire accepter le sous-traitant, ni par ses créanciers, car ils n'ont pas plus de droits que lui ».

<sup>322</sup> - Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 755, p. 430: « Bien qu'il n'existe pas de relation contractuelle entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, la loi de 1975 a permis au sous-traitant agréé par le maître, qui a accepté les conditions de paiement de demander à celui-ci de lui payer directement ce qu'il doit à l'entrepreneur principal à concurrence de ce que l'entrepreneur doit au sous-traitant... ».

V. aussi, Cass. civ. 7 novembre 2012, Rev. Cont. conc. consom. 2013, n° 2, note L. Leveneur.

<sup>323</sup> - Art. 12, L. n° 75-1334, *préc.*

المصلحة المتعاقدة، أي الإدارة صاحبة المشروع، شريطة أن تكون الأشغال والخدمات محل التزام المقاول الفرعي، منصوصا عليها في الصفة<sup>324</sup>.

### ثانيا: خصائص الدعوى المباشرة

تبعاً للتعريف السابقة للدعوى المباشرة يمكن استخلاص خصائصها التالية:

- تعتبر الدعوى المباشرة استثناء على " مبدأ نسبية العقد "، إذ الأصل أن العقد لا ينصرف أثره إلى غير المتعاقدين وخلفهم، ولا يجوز أن يرتب أي التزام في ذمة الغير، ولكن بواسطة هذه الدعوى، يمكن للغير الذي ليس طرفاً في عقد المقاول أن يطالب أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، وهو حال المقاول من الباطن الذي يعد طرفاً خارجاً عن عقد المقاول الأصلي، وخوله القانون سلطة الرجوع على رب العمل عن طريق الدعوى المباشرة لمطالبته بالأجر المستحق له على المقاول الأصلي، وهذا الحكم عبارة عن اكتساب المقاول الفرعي حقاً مباشراً من العقد.

- تمثل الدعوى المباشرة خروجاً على مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين في التنفيذ على أموال المدين، فبموجب هذه الدعوى يخول للدائن امتياز على الدين الذي في ذمة مدين مدينه، أي أنها بمثابة امتياز. لذلك، لا يستطيع الدائن استعمالها إلا في حالات معينة نص عليها القانون<sup>325</sup>. وعليه يمكن للمقاول الفرعي أن يأمن بها مزاحمة غيره من الدائنين الذين لم تنقرر لهم هذه الدعوى.

---

<sup>324</sup>- المادة 143 البند 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر: "... ويقبض المناول المعتمد وفق الشروط المذكورة سابقاً، مستحقته مباشرة من المصلحة المتعاقدة، بعنوان الخدمات المنصوص عليها في الصفة التي تكفل بتنفيذها، حسب كفاءات تحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

<sup>325</sup>- ومن أمثلتها في القانون المدني، دعوى المؤجر على المستأجر من الباطن، إذ يكون هذا الأخير ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته من التزامات ناشئة من عقد الإيجار للمستأجر الأصلي وقت أن ينذر المؤجر، المادة 507 ق. م. ج.

- لا يشترط لممارسة الدعوى المباشرة من قبل المَقاول الفرعي أن يكون المَقاول الأصلي في حالة عسر، وإنما يحق له الرجوع مباشرة على صاحب المشروع حتى ولو كان المَقاول الأصلي موسراً، ومن باب أولى إذا كان في حالة تصفية أو تسوية قضائية أو وقف مؤقت عن المتابعات، وهذا ما صرَّح به المشرع الفرنسي<sup>326</sup>.

لذلك، يرى الفقه<sup>327</sup> أن الحكمة من هذا الاستثناء تكمن في أن القانون لو اقتصر على مباشرة المَقاول الفرعي للدعوى غير المباشرة التي يزام فيها سائر دائني المَقاول الأصلي، فإن هذه الدعوى تكون غالباً غير مجدية، فلا يستأثر وحده بما يأخذه من رب العمل، بل يقاسمه فيه سائر دائني المَقاول الأصلي. خاصة وأنّ المَقاول الفرعي والعمال لا يرجعون على رب العمل عادة، إلاّ إذا كان المَقاول الأصلي معسراً.

- خلافاً لما هو مشترط في الدعوى غير المباشرة<sup>328</sup>، فإنّ الدائن لا يعد نائباً عن المدين في الدعوى المباشرة. ومن ثم، لا يشترط إدخال المَقاول الأصلي خصماً في الدعوى المرفوعة من قبل المَقاول الفرعي، إذ أنها ترفع باسم هذا الأخير وليس باسم مدينه المَقاول الأصلي، وبالأسالة عن نفسه وليس نيابة عنه. لذلك، يشترط في الدين موضوع الدعوى المباشرة أن يكون مستحق الأداء، حتى يحق للدائن أن يستوفيه من مدين مدينه في الدعوى المباشرة.

وبهذا، أصبح المَقاول الفرعي وكأنه طرفاً في عقد المقابولة، له سلطة في مطالبة صاحب المشروع مباشرة بأجره. غير أنّ هذه السلطة ليست مخولة له اتفاقاً وإنما بقوة

---

<sup>326</sup> - Art.12 al. 3, L. n° 75-1334, :« Cette action directe subsiste même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites ».

<sup>327</sup> - محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السالف الذكر، ص. 253 وفتحية قرّة، المرجع السابق الذكر، ص. 253.

<sup>328</sup> - المادة 189 الفقرة 2 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: " ولا يجب على الدائن أن يكفّ مدينه بمطالبة حقّه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام".

القانون<sup>329</sup>، فهو دائن يطالب في حدود الأجر المستحق له في ذمة المقاول الأصلي. بل لولا هذا النص لكان على المقاول الفرعي الرجوع على صاحب المشروع بطريق الدعوى غير المباشرة، يرفعها باسم المقاول الأصلي ويطالب فيها بما هو مستحق في ذمة صاحب المشروع للمقاول الأصلي. لكن وكما قلنا فإنّ هذه الدعوى تجعل جميع دائني المقاول الأصلي متساوون ويزاحمون المقاول الفرعي ويقاسموه قسمة غراماً<sup>330</sup>.

### ثالثاً: شروط ممارسة الدعوى المباشرة

حتى يتسنى لأصحاب الحق في ممارسة الدعوى المباشرة مباشرتها، لا بد من توافر بعض الشروط وهي كالتالي:

#### أ- يجب أن تكون المقابلة الفرعية قانونية

يقصد بأن تكون المقابلة الفرعية قانونية، بأن يتم اختيار المقاول من الباطن وفقاً للشروط المذكورة في نص المادة 564 من القانون المدني، السالفة الذكر، أي ألاّ يتضمّن عقد المقابلة الأصلي شرطاً يمنع التعاقد الفرعي، وأن تكون طبيعة العمل لا تعتمد على كفاءة المقاول الشخصية<sup>331</sup>.

#### ب- يجب أن يكون حق المقاول الفرعي مستحق الأداء ومعلوم المقدار

يجب أن يكون الأجر الذي يطالب به دائنوا المقاول الأصلي - المقاول من الباطن أو العمّال المخول لهم الحق في رفع الدعوى المباشرة - مستحق الأداء، وغير معلق على

---

<sup>329</sup>- المادة 565 ق. م. ج.

<sup>330</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، بند 130، ص.

226.

<sup>331</sup>- أنظر أعلاه الفصل المتعلق بشروط التعاقد الفرعي.

شرط أو مقترن بأجل، كما يجب أن يكون حقهم موجودا وغير متنازع فيه. بمعنى أن المبلغ الذي يتعين على صاحب المشروع دفعه إلى دائني المقاول الأصلي يتحدد بالقدر الذي يكون مدينا به له وقت رفع الدعوى. على أنه باستقراء نص المادة 565 في فقرتها الأولى، يلاحظ بأن المشرع قد سمح لهؤلاء مطالبه رب العمل بأكثر مما هو مدين به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى إذ نصت المادة " يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى...". بمعنى يجوز لدائني المقاول الأصلي مطالبة رب العمل بأكثر من القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي، وهذا أمر غير منطقي. وبالرجوع إلى الصياغة الفرنسية للمادة القانونية<sup>332</sup>، يتبين بأن المشرع كان يقصد أن يرجع دائنوا المقاول الأصلي على صاحب المشروع بالقدر الذي يكون هذا الأخير مدينا به للمقاول الأصلي، وقت رفع الدعوى المباشرة. وهذا هو الصواب، وبالتالي لا بد للمشرع التدخل من أجل تعديل الفقرة الأولى من نص المادة 565 من القانون المدني، وتصحيح العبارة بالنص على " أن رجوع دائني المقاول الأصلي على رب العمل يكون بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى".

### ج- يجب أن يثبت المقاول من الباطن تخلف المقاول الأصلي عن دفع أجره

يجب على المقاول الفرعي أن يثبت تخلف المقاول الأصلي في دفع مستحقاته، ولا يتسنى له ذلك إلا بواسطة إنذار يوجهه إليه، غير أن المشرع الجزائري، وعلى خلاف المشرع

---

<sup>332</sup>- راجع الصياغة الفرنسية لنص المادة 565 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي:

« Les sous-traitants et les ouvriers qui travaillent pour le compte de l'entrepreneur à l'exécution de l'ouvrage, ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence des sommes dont il est débiteur envers l'entrepreneur principal au moment où l'action est intentée. Cette action appartient également aux ouvriers des sous-traitants à l'égard tant de l'entrepreneur que du maître de l'ouvrage ».

الفرنسي<sup>333</sup>، لم ينص على هذا الإجراء عند نصه على الرجوع المباشر للدائني المقاول الأصلي على رب العمل. أما المشرع الفرنسي فقد ألزم المقاول الفرعي أن يوجّه نسخة من هذا الإنذار إلى صاحب المشروع<sup>334</sup>.

وتطبيقا للقواعد العامة لا بد أن ينذر المقاول الفرعي المقاول الأصلي باعتباره مدينه الأصلي ورب العمل بالوفاء، وذلك عن طريق إعدارهما على تنفيذ التزاماتهما تنفيذا عينيا، طبقا للمادتين 180 و181 من القانون المدني<sup>335</sup>. وللإعذار أهمية خاصة في التصرفات التي يقوم بها صاحب المشروع تجاه المقاول الأصلي، فقبل الإنذار يكون وفاء صاحب المشروع للمقاول الأصلي صحيحا، وساريا في حق المقاول من الباطن، ولكن بعد إعداره يلتزم صاحب المشروع بالوفاء للمقاول الفرعي مباشرة.

وتجدر الإشارة، إلى أن المشرع الفرنسي يشترط لممارسة الدعوى المباشرة على المقاول الفرعي إعدار المقاول الأصلي بدفع أجره المستحق، وتبليغ نسخة من هذا الإعدار

---

<sup>333</sup> - Art. 12 al.1, L. n° 75-1334 du 31 décembre 1975 (mod. par L. n° 94-475 du 10 juin 1994, préc.) « *Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage* ».

<sup>334</sup> - J.-P. BABANDO, *op. cit.*, n° 317, p. 105 et s., et A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 871, p. 423 « *la procédure de cette action directe passe par une mise en demeure adressée par le sous-traitant non payé à son débiteur, dont il envoie copie au maître d'ouvrage : à compter de ce jour, ce dernier ne peut plus payer les sommes qu'il détient encore à l'entrepreneur principal, mais doit les « geler » pour les affecter directement au sous-traitant. Peu importe que ses sommes correspondent ou non aux travaux spécialement confiés au sous-traitant* ».

<sup>335</sup> - تنص المادة 164 ق. م. ج. على أنه : "يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا". وتقضي المادة 180 ق. م. ج. المحال إليها بما يلي : "يكون إعدار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعدار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر". أما المادة 181 ق. م. ج. فتتص على أنه : " لا ضرورة لإعدار المدين في الحالات الآتية: - إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين. - إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر. - إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك. - إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه".

لرب العمل. ولا يكفي الإعذار، بل يجب فوات مهلة شهر واحد من تاريخ تبليغه، ولم يسدد خلالها المقاول الأصلي ما عليه، ومن ثم، يحق للمقاول الفرعي مباشرة الدعوى ضد صاحب المشروع تطبيقاً للمادة 12 من القانون رقم 75-1334، السالفة الذكر.

#### رابعاً: أنواع الدعاوى المباشرة

تنقسم الدعاوى المباشرة إلى نوعين هما، الدعوى المباشرة الكاملة أو التامة، والدعوى المباشرة الغير كاملة أو الناقصة. كما تقسم الدعاوى المباشرة أيضاً إلى دعاوى عامة وأخرى خاصة.

##### أ- الدعوى المباشرة التامة

إنّ الدعوى المباشرة التامة أو الكاملة هي التي ينص عليها القانون لصالح فئة معينة، ويترتب عليها تجميد كامل الحق الذي للمدين لدى مدينه لصالح صاحب الدعوى المباشرة. بحيث لا يكون للمدين التصرف في هذا الحق، ودون حاجة إلى أي إجراء من جانب صاحب الدعوى المباشرة، فلا يجوز أن يستوفيه أو أن يبرئ منه المدين أو يتمسك بالمقاصة. كما يخرج هذا الحق من الضمان العام للمدين، فلا يتزاحم دائنوا المدين مع صاحب الدعوى المباشرة<sup>336</sup>.

##### ب- الدعوى المباشرة الناقصة

الدعوى المباشرة غير الكاملة هي الدعوى التي تستلزم لترتيب آثارها اتخاذ إجراءات قضائية محددة، تهدف إلى استصدار حكم بها، وبدون هذه الإجراءات لا يخرج الحق من الضمان العام للمدين، كما أنّها لا تمنع المدين من التصرف في حقه، ومثالها دعوى المقاول

<sup>336</sup>- سامي محمد، المرجع السابق، ص. 287.

من الباطن، ودعوى المؤجر. وتكمن أهمية هذه الدعوى في أنها تمكن المستفيد من الحصول على سند تنفيذي، وتسمح للدائن بالإدعاء لصالحه مباشرة ضد مدين مدينه دون أن يدخل المبلغ المستحق في ذمة المدين المباشر<sup>337</sup>. وحتى تنتج هذه الدعوى آثارها قبل المقاول الأصلي وصاحب المشروع، يجب أن يتخذ المقاول من الباطن الإجراءات القانونية اللازمة لمباشرتها سواء بالإعذار أو بالقيام بإجراء تحفظي. فقبل اتخاذ تلك الإجراءات يكون للمقاول الأصلي حرية التصرف في حقه لدى صاحب المشروع بجميع أنواع التصرفات القانونية، وتكون هذه الأخيرة نافذة في حق المقاول الفرعي<sup>338</sup>.

وتعتبر هذه الدعاوى دعاوى ناقصة، لأن تعلق حق الدائن بما هو مستحق للمدين في مواجهة مدينه يبقى قائما في ذمته ويمكن أن ينقضي بالوفاء، فإذا كان للدعوى المباشرة الكاملة أثر تحفظي وانتقالي بقوة القانون، فإن الدعوى المباشرة غير الكاملة لا يكون لها أثر تحفظيا إلا من تاريخ رفعها أو تاريخ الإنذار بالدفع ولا يكون لها الأثر الانتقالي إلا بصور حكم فيها. كما تقسم الدعاوى المباشرة إلى دعاوى عامة، وهي التي يكون محلها كل أموال مدين المدين، حيث تكون جميعها ضامنة للوفاء، ودعاوى خاصة حيث يكون محلها حق المدين لدى مدينه فقط<sup>339</sup>.

وفي ما يخص الدعاوى المباشرة المقررة للمقاول من الباطن تجاه صاحب المشروع هي دعوى غير كاملة وخاصة، لأنها تتعلق بأموال محددة في ذمة صاحب المشروع ولا

---

<sup>337</sup>- آمنة سميع، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، المرجع السالف الذكر، ص. 292.

<sup>338</sup>- محمد أزهرى، المرجع السالف الذكر، ص. 122.

R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 62, p. 21 : « L'action directe serait imparfaite n'entraînant immobilisation de la créance qu'au jour de son exercice par son bénéficiaire. Jusque-là le débiteur peut se libérer valablement entre les mains de son créancier immédiat et ce n'est que dans la mesure ou il ne l'a pas fait au jour ou est intentée l'action directe du tiers qu'il peut être poursuivi par celui-ci. La loi de 1975 sur la sous-traitance prévoit dans ce sens que le maître de l'ouvrage ne peut être poursuivi par le sous-traitant que dans la mesure des sommes qu'il doit encore à l'entrepreneur principal au moment ou il reçoit copie de la mise en demeure adressée à ce dernier par le sous-traitant impayé, et seulement pour les prestations qui sont prévues au contrat de sous-traitance et correctement exécutées ».

<sup>339</sup>- أحمد حماد، المرجع السالف الذكر، بند 140 و 141، ص. 206.

تتعلق بكل أمواله، فهي تقتصر على ما يكون مستحقا للمقاول الأصلي تجاه رب العمل. فلا يمكن للمقاول من الباطن أن يطالب رب العمل بأكثر مما هو مستحق له تجاه المقاول الأصلي.

### خامسا: أصحاب الحق في ممارسة الدعوى المباشرة

لم يقصر المشرع الجزائري الدعوى المباشرة على المقاول الفرعي فحسب، وإنما مد نطاقها إلى عمال المقاول الفرعي وعمال المقاول الأصلي كذلك.

#### أ- الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن

يحق للمقاول من الباطن في التشريع الجزائري تطبيقا للفقرة الأولى من المادة 565 من القانون المدني رفع الدعوى المباشرة ضد صاحب المشروع، إذ نصت على ما يلي " يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة صاحب المشروع مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل". وهذا ما جاء به المشرع الفرنسي بموجب المادة 12 من القانون رقم 75-1334 المتعلق بالتعاقد الفرعي، المعدلة والسالفة الذكر، والمشرع البلجيكي بمقتضى المادة 1798 من القانون المدني<sup>340</sup>. أما المشرع المغربي فيسمح فقط للعمال والصناع مباشرة الدعوى المباشرة دون المقاولين الفرعيين<sup>341</sup>.

---

<sup>340</sup> - P. HENRY, *L'action directe et le privilège du sous-traitant, in la sous-traitance, (sous la direction de F. Balon, B. Louveaux et P. Henry), op. cit. , p. 43.*

<sup>341</sup> - المادة 780 الفقرة 2 من قانون الالتزامات والعقود المغربي التي تنص على ما يلي: "... والمقاولون الفرعيون الذين يستخدمهم المقاول الأصلي ومقدمو المواد الأولية ليست لهم أية دعوى مباشرة ضد رب العمل وليس لهم أن يباشروا إلا دعوى مدينتهم".

ولقد أوجد المشرع المغربي نصا خاصا في قانون العمل ينص على حق العمال في مجال البناء في ممارسة الدعوى المباشرة من خلال المادة 384 من مدونة الشغل حيث نصت على أنه: " يحق للأجراء الذين يشغلهم

يعتبر المقاول من الباطن دائنا يطالب صاحب المشروع بالأداء له في حدود الأجر المستحق له في ذمة المقاول الأصلي، وله حق المطالبة فيما يتبع الأجر من نفقات وملحقات وفوائد. ويكون صاحب المشروع هو الطرف المدين، ولا يطالبه المقاول الفرعي إلاّ بالقدر الذي يكون رب العمل مدينا به فقط للمقاول الأصلي بموجب عقد المقاوله الأصلي وقت رفع الدعوى المباشرة عليه من طرف المقاول الفرعي<sup>342</sup>. على أنّ المقاول الفرعي لا يعتبر دائنا شخصيا لصاحب المشروع رغم المطالبة المباشرة به، إذ أن موضوع الدعوى المباشرة هو نفس موضوع الدعوى غير المباشرة، هو المطالبة بدين المدين. فبسبب أن الحق يدخل مباشرة في ذمة المقاول الفرعي، لا يجوز أن تكون المطالبة بكل حقوق المقاول الأصلي إذا كانت تتجاوز قدر الدين المطالب به<sup>343</sup>. مثلا، مقاول البناء الفرعي هو دائن للمقاول الأصلي بمئتا ألف دينار جزائري، وهذا الأخير دائن لصاحب المشروع بمائة ألف دينار جزائري، فإنّ المقاول الفرعي لا يطالب المقاول الأصلي إلاّ بمائة ألف دينار، أي لا يطالبه إلاّ بالقدر الذي يكون رب العمل مدينا به للمقاول الأصلي. أما إذا كان العكس أي المقاول الأصلي دائن لصاحب المشروع بثلاث مائة ألف دينار، فإنّ المقاول الفرعي يطالب صاحب المشروع بمئتا ألف دينار وهو مقدار ما يستحق من دين في ذمة المقاول الأصلي.

ويقع عبء إثبات الدين على عاتق رافع الدعوى المباشرة، فإذا كان المقاول الفرعي، فعليه إثبات حق مدينه المقاول الأصلي لدى مدين المدين (أي صاحب المشروع)، ولهذا الأخير إثبات انقضاء التزامه كله أو بعضه قبل رفع الدعوى.

---

مقاول في البناء أن يقيموا دعوى مباشرة على صاحب البناء في حدود ما عليه من ديون وفق الشروط المبينة في الفصل 780 من الظهير الشريف المكون لقانون الالتزامات والعقود".

<sup>342</sup>- العمروسي أنور، المرجع السابق الذكر، ص. 109.

<sup>343</sup>- أحمد حماد، المرجع السالف الذكر، بند 143، ص. 209.

فالمقاول الأصلي يمكنه تعويض الأضرار التي تسبب بها المقاول الفرعي لصاحب المشروع. ولكن بوجود علاقة تعاقدية فعلية بين المقاول الفرعي والمقاول الأصلي فهو ملزم بموجب هذه العلاقة تجاه المقاول الأصلي، وهذا الأخير يكون مسؤول تجاه رب العمل.

### ب- الدعوى المباشرة للعمال المقاول الأصلي

إن حق العمال الذين يعملون لحساب المقاول في رفع الدعوى المباشرة مقرر بمقتضى المادة 565 من القانون المدني، السالفة الذكر. ويقصد بالعمال في قانون علاقات العمل، العمال الأجراء، ويعرفهم كما يلي "يعتبر عمالاً أجراء، في مفهوم هذا القانون، كل الأشخاص الذين يؤدون عملاً يدوياً أو فكرياً مقابل مرتب، في إطار التنظيم، ولحساب شخص آخر، طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص، يدعى "المستخدم" " <sup>344</sup>. فبثبوت التبعية بين المقاول الأصلي والعمال حق لهذا الأخير رفع الدعوى المباشرة ضد صاحب المشروع، يطالبه بمقتضاها بأجره المستحق له على أساس عقد العمل المبرم بينه وبين المقاول الأصلي. وهذا ما قرره المشرع الفرنسي كذلك بموجب المادة 1798 من القانون المدني، إذ سمح للعمال المطالبة مباشرة بأداء أجورهم من طرف المؤسسة التي أنجزت الأشغال لصالحها. فممارسة الدعوى المباشرة بناء على النص المذكور، ممنوحة للبنايين وجميع العمال ضد كل من أنجز العمل لصالحه بموجب عقد مقاول.

ويمكن القول في الأخير أنه استناداً إلى فكرة علاقة العمل، لا يؤدي بطلان عقد العمل إلى زوال جميع الآثار الناجمة عنه كتعويض العامل الذي أنجز عملاً لحساب صاحب العمل، رغم أن العقد المبرم بينهما باطلاً لمخالفته نص قانوني معين، كعدم احترام السن الأدنى للعمل، ومن ثم فإن البطلان لا يؤدي إلى إلغاء روابط العمل التي قامت فعلاً، ما لم يكن العقد باطلاً لعدم مشروعيته أو لمخالفته النظام العام والآداب العامة <sup>345</sup>.

<sup>344</sup>- المادة 2 من القانون رقم 90-11، السالف الذكر.

<sup>345</sup>- بشير هدي، المرجع السابق الذكر، ص. 63 وفتحية قره، المرجع السابق الذكر، ص. 254 وقصري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد المقاول، المرجع السابق، بند 150، ص. 249

## ج- الدعوى المباشرة للعمال المقاول من الباطن

يحق لعمال المقاول من الباطن الرجوع بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلي، لأنه في حكم صاحب المشروع في علاقته بهم. وعليه، يمكن لعمال المقاول الفرعي الاختيار إما الرجوع على صاحب المشروع أو على المقاول الأصلي عند عدم استقاء أجورهم من قبل المقاول الفرعي. وتجب الإشارة إلى أن هذه الأحكام قاصرة على العمال، ولا تنطبق على موردي المقاول الأصلي، ومن ثم فليس لهؤلاء دعوى مباشرة على صاحب المشروع لاستقاء ثمن ما وردوه للمقاول الأصلي، ولا حق امتياز إلا إذا قضى الاتفاق أو دفتر الشروط بخلاف ذلك<sup>346</sup>.

أما إذا كان المقاول الفرعي قد قاول بدوره من الباطن، فللمقاول الفرعي الثاني حق الرجوع بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلي باعتباره في مكانة رب العمل بالنسبة له. فيستفيد بذلك المقاول الفرعي الثاني من الحماية التي نصت عليها المادة 565 من القانون المدني. غير أنه لا يمكنه رفع الدعوى المباشرة على صاحب المشروع، لأن المادة المذكورة لا تمنح المقاول الفرعي الحق في رفع الدعوى المباشرة إلا على من قاول مقاوله، وهو المقاول الأصلي في حالة التعاقد الفرعي الثاني. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 16 مارس 1983، الذي جاء فيه "أنه من المتفق عليه فقها وقضاء أنه إذا كان المقاول من الباطن قد قاول هو أيضا بدوره من الباطن، فإن المقاول الثاني له الحق في رفع دعوى مباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب العمل للمقاول من الباطن الأول، غير أنه لا يجوز أن يرفع تلك الدعوى مباشرة على رب العمل في العقد الأصلي، لأن في ذلك خرق للمادة 565 من القانون المدني الجزائري"<sup>347</sup>.

<sup>346</sup>- بجاوي المدني، المرجع السالف الذكر، ص. 148 ومحمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السالف الذكر، ص.

<sup>347</sup>- المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الأول، ملف رقم 30940 / 30952 ص. 15 و 17.

وهناك من يرى بأنه يمكن لكل المقاولين الفرعيين، في حالة وجود سلسلة عقدية، متابعة صاحب المشروع. فيرجع المقاول الفرعي الثاني بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب عمل للمقاول الفرعي الأول، ولكنه لا يرجع بالدعوى المباشرة على صاحب المشروع<sup>348</sup>. على أنّ الدعوى المباشرة لا تمس إلا الدفعات المتعلقة بالخدمات المقدرة بموجب العقد الفرعي، أين يستفيد صاحب المشروع فعليا من هذه الأعمال<sup>349</sup>.

### الفرع الثاني: الآثار المترتبة على رفع الدعوى المباشرة

يتمتع المقاول الأصلي قبل رفع الدعوى المباشرة بالحرية في التصرف في حقه قبل صاحب المشروع، فله أن يستوفيه من مدينه أو أن يتنازل عنه، أو أن يحيله إلى الغير، أي قد يعتمد المقاول الأصلي إلى النزول عن حقه الثابت في ذمة صاحب المشروع عن طريق حوالة الحق<sup>350</sup>. وفي هذه الحالة فإن قبول رب العمل لهذه الحوالة تجعل الدعوى المباشرة عديمة الفائدة.

أما بعد رفع الدعوى المباشرة، فإنه يمنع على المقاول الأصلي أن يتصرف في حقه تصرفا لا يسري في حق دائنيه - أصحاب الحق في الدعوى المباشرة - بشرط مشاركتهم في رفع الدعوى المباشرة أو في توجيه الإنذار. فإذا وفى صاحب المشروع للمقاول الأصلي بما له عليه من ديون، فإن هذا الوفاء لا يسري في حق المقاول الفرعي، بل أن هذا الأخير يتقاضى من رب العمل الحق كله في حدود الأجر الدائن به للمقاول الأصلي ما له في ذمة

---

<sup>348</sup> - J.-P., RENARD, *Relations entre maître de l'ouvrage et sous-traitant: l'action directe - Bilan et perspectives*, in *La sous-traitance*, op. cit., p. 173 : « L'action directe peut être intentée par tout sous-traitant, que nous soyons dans le secteur de la construction ou dans le cadre de la sous-traitance industrielle ; d'autre part, l'action directe peut être exercée par tout sous-traitant pour toute créance qu'il détient vis-à-vis de l'entrepreneur, alors que le privilège ne protège que les sommes dues pour le même chantier ».

<sup>349</sup> - D. LEGEAIS, op. cit., n° 29, p. 244.

<sup>350</sup> - المادة 241 ق. م. ج.، السالفة الذكر.

المقاول الأصلي، ولصاحب المشروع بعد ذلك الحق في الرجوع على المقاول الأصلي بما دفعه للمقاول الفرعي أو للعمال<sup>351</sup>.

وبالرجوع إلى أحكام التعاقد الفرعي، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 565 من القانون المدني على ما يلي " وحقوق المقاولين الفرعيين والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة، مقدمة على حقوق الشخص الذي تنازل له المقاول عن دينه تجاه رب العمل". وهذا ما يفيد، أن حق المقاول من الباطن أو العامل الذي يعمل لديه أو لدى المقاول الأصلي يقدم دائماً على حق المحال له، حتى لو نفذت الحوالة قبل رفع الدعوى أو قبل توقيع الحجز. غير أن النص المذكور -بالرغم من عدم وضوحه- لا يعني الحوالة التي تنفذ بعد ممارسة الدعوى المباشرة، بل استقر الرأي على تفسيره، بأنه يخول للدائنين الممتازين سلطة تتبع الدين الذي يرد عليه حقهم في أي يد كان، بحيث لا يحتج عليهم بحوالة هذا الدين ولو تمت قبل توقيع الحجز تحت يد رب العمل<sup>352</sup>. وبالتالي، فإن الحوالة المنفذة قبل رفع الدعوى المباشرة، تنهي مديونية رب العمل للمقاول. غير أنه قد تؤثر حوالة المقاول لحقه على الامتياز الذي يتمتع به المقاول الفرعي والعمال، فإذا تمت الحوالة ونفذت قبل رفع الدعوى المباشرة، فإنها تسري في حقهم فتفقد الأفضلية التي تحققها الدعوى المباشرة التي ليست لها أثر رجعي، ولا تؤثر في حقوق الغير المكتسبة قبل مباشرتها<sup>353</sup>.

ويمكن القول أن تقديم حقوق الأشخاص المخول لهم حق رفع الدعوى المباشرة على حقوق المحال لهم من المقاول بموجب نص المادة 565 من القانون المدني، وذلك بنص صريح، حتى يؤكد على الحماية والرعاية التي يمنحها المشرع لهؤلاء، إذ أنه إذا قام المقاول بحوالة حقه إلى الغير، فهو لا يحيل حقه فحسب، وإنما هو يحيل حقوق العمال والمقاولين

<sup>351</sup>- أحمد حماد، المرجع السالف الذكر، بند 100، ص. 228.

<sup>352</sup>- سامي محمد، المرجع السالف الذكر، ص. 470.

<sup>353</sup>- أحمد حماد، المرجع السالف الذكر، ص. 212.

الفرعيين أيضا. وقد ميز الفقه<sup>354</sup> بين الآثار الناجمة عن رفع الدعوى المباشرة قبل تبليغ الإنذار بالوفاء بالأجر إلى صاحب المشروع والآثار الناجمة بعد التبليغ كالاتي:

#### أ- أثر رفع الدعوى المباشرة قبل تبليغ الإنذار بوفاء الأجر إلى صاحب المشروع

يستطيع صاحب المشروع إلى وقت إنذاره بالوفاء، أن يوفي للمقاول الأصلي بالدين الذي عليه، فتبرأ ذمته اتجاهه. ويستطيع المقاول الأصلي كذلك، أن يبرئ ذمة رب العمل مادام الإبراء يكون صادرا قبل الإنذار بالوفاء<sup>355</sup>. فإذا لم يكن المقاول الفرعي أو أي من عمال المقاول الأصلي أو عمال المقاول الفرعي قد أنذر رب العمل بالوفاء، فإنه يجوز للمقاول الأصلي التصرف في حقه الثابت في ذمة رب العمل بكل أنواع التصرفات. وله أن يستوفي حقه من قبل صاحب المشروع قبل رفع الدعوى. ويكون هذا الوفاء ساريا في حق المقاول الفرعي والعمال.

#### ب- أثر رفع الدعوى المباشرة بعد تبليغ الإنذار بوفاء الأجر إلى صاحب المشروع

إذا بلغ إنذار المقاول الفرعي أو أحد عماله أو أحد عمال المقاول الأصلي رب العمل بأن يدفع له ما هو مدينا به للمقاول الأصلي تمهيدا لرفع الدعوى عليه، أو قام برفعها، فلا يجوز لصاحب المشروع الوفاء لهذا المقاول، بل يجب عليه أن يفي لدائنيه مباشرة بقدر

---

<sup>354</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السالف الذكر، هامش 3، ص. 287 وقدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السالف الذكر، ص. 251 و محمد عبر الرحيم عنبر، المرجع السابق الذكر، ص. 254.

<sup>355</sup>- العمروسي أنور، المرجع السالف الذكر، ص. 111.

حقوقهم. فإذا سدد إلى المقاول الأصلي رغم توصله بالإنداز، فلا يسري هذا الوفاء في حق المقاول الفرعي أو العمال ويمكنهم مطالبة رب العمل بحقوقهم ويلتزم بالوفاء لهم<sup>356</sup>.

### المطلب الثاني: حق الامتياز المخول للمقاول من الباطن

إضافة إلى الدعوى المباشرة المقررة لدائني المقاول الأصلي وعلى رأسهم المقاول الفرعي، بالرجوع على صاحب المشروع بالأجر المستحق لهم عليه، فقد قررت الفقرة الثانية من المادة 565 من القانون المدني ضمنا آخرا، يتمثل في حق امتيازهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم على ما يكون لمدينه لدى الغير من المبالغ المستحقة الأداء وقت توقيع الحجز، إذ نصت المادة على ما يلي " ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم على ما تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول الفرعي وقت توقيع الحجز. ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه، ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة "

وبذلك، فقد اعتبر المشرع حق المقاول الفرعي - مثل حق عمال المقاول الأصلي- حق امتياز تقدم به على سائر دائني المقاول الأصلي، بما في ذلك الدائنين المرتهنيين. وبالتالي يثبت هذا الامتياز، في حالة قيام عمال المقاول الأصلي أو المقاول الفرعي بتوقيع حجز على ما تحت يد صاحب المشروع، فيتقدم المقاول الفرعي بما هو مستحق للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل. ويرى جانب من الفقه<sup>357</sup> أن فائدة الحجز تكمن في تحديد محل الامتياز الذي يتمثل في المبالغ المستحقة والتي تكون في ذمة رب العمل وقت الحجز، دون ما يكون قد انقضى قبل ذلك من ديونه، لأن الامتياز مصدره القانون، والحجز هو شرط لتحديد محله.

<sup>356</sup>- فتحية قره، المرجع السابق الذكر، ص. 256.

<sup>357</sup>- أحمد حماد، المرجع السالف الذكر، ص. 233.

سبق القول، أنه قد يتنازل المقاول الأصلي عن دينه عن طريق حوالة الحق، فتسري هذه الحوالة في حق المقاول الفرعي والعمال، إذا أصبحت نافذة في حق الغير- بقبول المحال عليه أو بإعلانه- وذلك قبل إنذار رب العمل بالوفاء في حالة استعمال الدعوى المباشرة، وقبل توقيع الحجز في حالة استعمال حق الامتياز<sup>358</sup>. وقد قدم المشرع حقوق المقاولين الفرعيين وعمالهم على حقوق الشخص الذي تنازل له المقاول الأصلي عن دينه تجاه رب العمل، ولم يأخذ المشرع التسلسل الزمني بين التنازل والإنذار، إذ أنه حتى إذا تم التنازل قبل الإنذار فلا يحتج به قبل المقاول الفرعي، ويبقى امتياز قائماً<sup>359</sup>.

ويجب الإشارة إلى أن الفقه<sup>360</sup> اعتبر بأن المشرع، عند نصه على الضمانات المقررة لدائني المقاول الأصلي، قد جعل الحجز أفضل من الدعوى المباشرة، وهذا راجع إلى سببين:

**السبب الأول:** أن الحجز الذي يوقعه المقاول الفرعي وعمال المقاول الأصلي على حقوق المقاول الأصلي عند رب العمل يعطي لهم امتيازاً عن باقي الدائنين العاديين لصاحب المشروع أو للمقاول الأصلي، فلا يتزاحمون معهم، كما يكون لهم حق التقدم عليهم. أما بالنسبة لعمال المقاول الفرعي الآخرين المشتركين في الحجز، فإن الامتياز مقرر لهم جميعاً ويفتسمون المبالغ الناتجة قسمة غرماء كل بنسبة حقه.

**السبب الثاني:** أنه بناء على الحجز، يستطيع صاحب المشروع أن يوفي مباشرة للمقاول من الباطن، مقدماً إياه على سائر دائني المقاول الأصلي، حتى ولو كان الحجز حجزاً تحفظياً، لتفادي تحوله إلى حجز تنفيذي.

---

<sup>358</sup>- توفيق زيداني، التنظيم القانوني لعقد المقاول على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2009-2010، ص. 63.

<sup>359</sup>- حمادي جازية، المرجع السالف الذكر، ص. 115.

<sup>360</sup>- أحمد حماد، نفس المرجع.

وبعد دراسة شروط انعقاد التعاقد الفرعي وصحته ومميزاته وخصائصه، والضمانات المقررة للمقاول الفرعي في القسم الأول، يقتضي الأمر تبيان الآثار الناجمة عن التعاقد الفرعي في مقاولات البناء وجزاء مخالفة أحكامه. وذلك، بتحديد الالتزامات المترتبة على عاتق كل طرف من أطراف المقابلة الفرعية، وكذا مسؤولية المقاول من الباطن عند إخلاله بأحكام العقد أو إلحاقه ضررا بالغير. وسيتم الإجابة عن هذه النقاط في القسم الثاني من البحث.

## القسم الثاني:

# الآثار المترتبة عن التعاقد من الباطن وجزاء مخالفة أحكامه

يجوز لمقاول البناء أن يتعاقد مع مقاولين آخرين، يوكل لهم مهمة تنفيذ جزء مما التزم به. بشرط أن لا يمنعه من ذلك بند في العقد، وأن لا تكون طبيعة العمل تقتضى الاعتماد على كفاءة المقاول الشخصية. على أن هذا الحظر لا يمنع المقاول من الاستعانة بعمال وفنيين لإنجاز العمل، ما دام هؤلاء ليسوا مقاولين فرعيين، وإنما هم مستخدمين بموجب عقد عمل وليس بموجب عقد مقاول. وعليه فإنّ العقد الفرعي يجد أساسه في مدى وجود العقد الأصلي، وبالرغم من ذلك يظل عقدا متميزا ومستقلا عنه تماما. فلا وجود لعلاقة مباشرة بين

أطراف العقد الأصلي والعقد من الباطن، ما عدا المقاول الأصلي الذي يرتبط بالطرفين<sup>361</sup>. حيث يفقد هذا الأخير في علاقته بالمقاول الفرعي صفة المقاول، ويصبح صاحب مشروع بالنسبة إليه. إذ تربط الطرفين علاقة تعاقدية ينظمها عقد المقاولة الفرعي المبرم بينهما. ويلتزم المقاول الفرعي بكافة الالتزامات التي يرتبها العقد ويكون المقاول الفرعي بالنسبة إلى المقاول الأصلي مقاولاً، فيلتزم بالالتزامات المقاول.

من المنفق عليه، أنّ جزء إخلال شخص ما بأي التزام سواء كان أخلاقي أو تعاقدي أو قانوني هو قيام مسؤوليته. فإذا كان الفعل المرتكب مخالفاً لقواعد الأخلاق والعادات والتقاليد، وصفت مسؤولية مرتكبه بأنها مسؤولية أخلاقية، وجزء مرتكبها يقتصر على محاسبته محاسبة أدبية تتمثل في استهجان المجتمع لذلك الفعل للأخلاقي. وتقوم المسؤولية القانونية إذا تجاوز الشخص الحدود القانونية، وهي نوعان إما مسؤولية مدنية تتأسس كلما أخلّ الشخص بواجب قانوني أو اتفاقي، ومسؤولية جزائية تقوم متى كان الفعل المرتكب مجرماً قانوناً، تطبيقاً لمبدأ شرعية التجريم والعقاب، والذي مفاده " لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون"، وهو المبدأ المنصوص عليه في المادة الأولى من قانون العقوبات.

وتنقسم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية، تقوم عندما يخل المتعاقد بواجب والتزام إرادي فرضه العقد المبرم بينه وبين الطرف الآخر. ومسؤولية تقصيرية تتجم بإخلال الشخص بواجب عام فرضه القانون، وهو عدم الإضرار بالغير.

بالرجوع إلى عقد المقاولة من الباطن، فإنّ المقاول الأصلي يرتبط مع صاحب المشروع بمقتضى عقد المقاولة الأصلي من جهة، كما يرتبط مع المقاول الفرعي بمقتضى عقد المقاولة من الباطن من جهة أخرى. وبالتالي، فإنّ مقاول البناء الأصلي مسؤول عقدياً من ناحيتين، إذ أنه مسؤول عن فعل المقاول الفرعي اتجاه صاحب المشروع، ومسؤول اتجاه المقاول من الباطن، بناء على العقد الفرعي.

<sup>361</sup>- لذلك يسميه بعض الفقه بالمتعاقد المشترك، وذلك لوجوده في كلا العقدتين. أنظر سامي محمد، نفس المرجع.

أما المقاول الفرعي، فإنه يسأل على أساس المسؤولية العقدية جرّاء إخلاله بالاتفاق المبرم بينه وبين المقاول الأصلي. ويسأل تقصيرياً تجاه صاحب المشروع لأنّه - وكما سبقت الإشارة إليه - يعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا الأخير. ويطرح التساؤل بشأن طبيعة المسؤولية التي تقع على عاتق المقاول الأصلي عن الأفعال الصادرة من المقاول من الباطن، الذي لا تربطه أية علاقة بصاحب المشروع. هل هي مسؤولية عقدية، رغم أنّ الإخلال بالالتزام العقدي ليس صادراً منه، أم أنّها مسؤولية تقصيرية لأنّ الفعل الضار صدر من شخص ليس طرفاً في العقد؟

كل هذا يدفعنا إلى ضرورة تحديد الآثار المترتبة عن التعاقد الفرعي من جهة (الفصل الأول)، ثمّ الجزاء المترتب عن مخالفة الأحكام المتعلقة بالتعاقد الفرعي في مقاولات البناء من جهة أخرى (الفصل الثاني).

## الفصل الأول:

### الآثار المترتبة عن التعاقد من الباطن في مقاولات البناء

ينشأ عقد المقاولة الفرعية من عقد مقاولة أصلي، أحد أطرافه المقاول الأصلي والطرف المقابل، صاحب المشروع. ويصبح المقاول الأصلي بعد إبرام العقد الفرعي بمثابة صاحب المشروع، والمقاول الفرعي في مركز المقاول الأصلي. فباستثناء العقد الفرعي كافة شروطه وأركانه، يصبح نافذاً في مواجهة طرفيه، وتصبح حقوق والتزامات كل منهما والمبينة في العقد شريعتهما، مما يتعين احترامها حتى تتحقق الغاية التي أنشأ من أجلها العقد.

وبالتالي، يلتزم المقاول من الباطن بموجب العقد الفرعي بالقيام بالعمل الموكول له وتحقيق النتيجة المرجوة من العقد (المبحث الأول)، وبالمقابل يتعهد المقاول الأصلي بتنفيذ التزاماته المتمخضة من العقد الفرعي (المبحث الثاني).

### **المبحث الأول: التزامات المقاول من الباطن اتجاه المقاول الأصلي**

يلتزم المقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة الفرعية بكل ما يلتزم به صاحب المشروع في عقد المقاولة الأصلي. ويلتزم المقاول الفرعي بكل ما يلتزم به المقاول الأصلي تجاه صاحب المشروع في العقد الأصلي. وتتحدد الالتزامات الأساسية للمقاول الفرعي تجاه المقاول الأصلي، في إنجاز العمل محل عقد المقاولة الفرعية (المطلب الأول)، ثم تسليمه إلى المقاول الأصلي بعد إتمامه (المطلب الثاني).

### **المطلب الأول: التزام المقاول من الباطن بإنجاز العمل موضوع عقد المقاولة الفرعية**

تتعدد الأعمال التي يمكن أن يعهد بتنفيذها إلى المقاول الفرعي، من أجل إنجاز المشروع. فقد يكلف هذا الأخير القيام بأعمال الأساسات والأعمدة، أو بناء الجدران أو أشغال النجارة أو أعمال التدفئة أو أعمال التبييض، إلى غير ذلك من الأعمال التي يستلزمها إتمام مشروع البناء. ويرجع أساس التزام المقاول بتنفيذ عمل محدد إلى كفاءته وتخصصه في ميدان معين، الذي يجعله أدرى بمسائل تقنية عن غيره من المقاولين. فالمقاول المكلف بالنجارة أدرى بتقنياتها ومتطلبات عمله عن المقاول المكلف بأعمال الكهرباء، وذلك المكلف بأعمال الخرسانة والبناء، فإذا كان غير متخصصا في تقنية من تقنيات البناء، اضطر إلى اللجوء إلى مقاول من الباطن متخصص.

هكذا، ومن أجل تنفيذ المقاول من الباطن التزامه بإنجاز العمل محل عقد المقاولة الفرعية على الوجه الصحيح، لا بد أن يتم الانجاز بطريقة سليمة (الفرع الأول)، وخلال المدة المتفق عليها في العقد الفرعي (الفرع الثاني).

## الفرع الأول: التزام المقاول من الباطن بتنفيذ العمل بطريقة سليمة

إنّ الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المقاول الفرعي، هو الالتزام بإنجاز العمل المكلف به من قبل المقاول الأصلي، طبقا لبنود عقد المقاولة من الباطن، ويتمثل العمل موضوع العقد بإنجاز المقاول من الباطن لعمل مادي يتمثل في أعمال البناء والتشييد<sup>362</sup>، باستقلالية عن المقاول الأصلي ودون الخضوع لإشرافه. على أن هذا لا يمنع هذا الأخير من تتبع المشروع ومراقبته أثناء تنفيذه، وذلك لتفادي وقوع مخالفات أو عيوب وحتى يتمكن المقاول الأصلي من اتخاذ الوسائل القانونية في الوقت المناسب كتنبيهه بالعدول عن طريقة العمل المتبعة في التنفيذ. ويجب أن ينفذ العقد الفرعي وفق التصميم الذي قدمه صاحب المشروع، فإذا خالف المقاول الفرعي العقد الأصلي في شروطه الجوهرية فإنه يقع باطلا ويفقد وصف العقد الفرعي<sup>363</sup>. وبصفة عامة لا يجوز للمقاول الفرعي أن يخالف الشروط الرئيسية للعقد الأصلي وإلا أصبح هناك اختلاف في محل العقد.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري<sup>364</sup>، يلاحظ بأن المشرع لم يقصد بإنجاز المقاول للمشروع تنفيذ العمل فحسب، وإنما أيضا إتمامه. وعرف المشرع الجزائري عملية إتمام إنجاز البناية الإنجاز التام للهيكل والواجهات والشبكات والطرق على مختلف أنواعها، والتهيئات التابعة لها، فإذا كلف المقاول الفرعي بإنجاز كل المشروع فهو ملزم بإتمام كل ما يتعلق بالعمل بما في ذلك الهيكل والواجهات والطرق. كما عرف المشرع الإتمام الكامل للأشغال، وقصد به رفع التحفظات التي تم إبداءها على إثر الاستلام المؤقت للأشغال وإصلاح عيوب البناء الملاحظة وذلك قبل التسلم النهائي للمشروع<sup>365</sup>.

---

<sup>362</sup>- قد يشتمل العمل أيضا على بعض الأعمال الذهنية كتقديم الحساب أو تكاليف المشروع.

<sup>363</sup>- أحمد حماد، المرجع السابق الذكر، بند 49، ص. 58.

<sup>364</sup>- الفقرة 4 من المادة 2 من القانون رقم 08-15، السالف الذكر.

<sup>365</sup>- الفقرة 12 من المادة 3 من القانون رقم 11-04 المذكور أعلاه.

ويدخل التزام المقاول الفرعي بإنجاز العمل العقاري بطريقة سليمة ضمن الالتزام العام بتنفيذ العقود بحسن نية، إذ يلتزم أن يراعي قواعد حسن النية والثقة المتبادلة بين الأطراف المتعاقدة من أجل إنجاز عمل مطابق لأصول الفن وخال من العيوب، والتزامه في هذا الإطار هو التزام بتحقيق نتيجة<sup>366</sup>. ولا يبرأ من التزامه إلا إذا تحققت النتيجة، وأنجز العمل المطلوب، إلا إذا وجد سبب أجنبي حال دون تحقق إنجاز المشروع كالقوة القاهرة أو خطأ رب العمل أو خطأ الغير. على أن التزام المقاول في رقابته لعمل المقاول الفرعي هو التزام ببذل عناية أيضا، إذ يتعين عليه بدل عناية الرجل المعتاد في تنفيذ العمل محل العقد<sup>367</sup>.

لقد تطرق المشرع الجزائري لأصول الفن في الفقرة الأولى من المادة 552 من القانون المدني الجزائري، حين أوجب على المقاول أن يراعي أصول الفن في استخدامه لمواد البناء التي يقدمها صاحب المشروع. ويقصد بأصول الفن المهارة أو اللباقة المعتادة التي يمكن لصاحب المشروع انتظارها من كل محترف يتدخل في عملية البناء ويستحيل نظرا لكثرتها من تحديدها، فقد تتعلق بطبيعة الأرض، أو خصوصيات التصاميم والحسابات الخاصة بتشبيد البناية بطرق التنفيذ التقنية للأشغال وغيرها من المعالم<sup>368</sup>.

---

<sup>366</sup>- الفقرة الأولى من المادة 107 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ".

<sup>367</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السالف الذكر، بند 36، ص. 65 وما يليها وإبراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل، عقد المفاوضة فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، 2003، ص. 31.

Dict. perm. dr. aff., *Contrat d'entreprise entre industriels*, 2003, n° 40 : « L'obligation du sous-traitant est une obligation de résultat si le cahier des charges est précis, c'est-à-dire s'il comporte des données chiffrées ou des plans détaillés. Le donneur d'ordre prouvera la mauvaise exécution du contrat par le constat que les objectifs n'ont pas été atteints. Le sous-traitant pourra s'exonérer en prouvant un cas de force majeure » et J.-P. BABANDO, *op. cit.*, n°457, p. 153.

<sup>368</sup>- حمادي جازية مجيدة، المرجع السابق الذكر، ص. 79.

V. J.-L. BERGEL, J.-J. LIARD et J.-J. EYROLLES, *op. cit.*, n° 2853, p. 1325: « Aussi, les règles de l'art, notion à laquelle les tribunaux se réfèrent souvent, s'entendent de la qualité de la construction que doit livrer l'homme de l'art, c'est-à-dire l'ensemble des règles non écrites acquises par la pratique mais également par les travaux de recherche. Ce sont donc des règles de savoir-faire technique, conformes aux données actuellement acquises de la science et communément appliquées »,

وما يلاحظ في هذا الخصوص هو غياب قواعد ومقاييس جزائية يمكن للمقاولين أو المهندسين المعماريين الاعتماد عليها باعتبارها أصول فن، فيلجأ هؤلاء إلى مقاييس معتمدة من قبل هيئات فرنسية، عند تنفيذهم لالتزاماتهم. وقد تم إدراج بعض أصول الفن ضمن وثائق تقنية موحدة (DTU)<sup>369</sup> منشورة من قبل المركز العلمي والتقني للبناء (C.S.T.B.)<sup>370</sup> التي تحدد الشروط التقنية لاختيار المواد المستعملة وطرق البناء. كما يعتمد هؤلاء المحترفون لتنفيذ مشروع معين على مقاييس (AFNOR)<sup>371</sup> الفرنسية، فبدلاً من أن يحدد المتعاقدان شروط العقد، يحيلان إلى هذه المقاييس التي تمت دراستها بدقة، حيث تضمن للأطراف تنفيذ العقد بطريقة سليمة، بل حتى وإن لم يحيلان عليها فالقضاء الفرنسي يوجب تطبيقها<sup>372</sup>. وتجب الإشارة إلى أن أساس تحمل المقاول الفرعي لالتزام من هذا النوع يرجع إلى صفته كمحترف، يسعى إلى إنجاز بناية سليمة من أي عيوب، على أن هذا لا يعني أن وجود عيب في المشروع هو ناتج عن مخالفة قاعدة من قواعد الفن، فقد يرجع سبب الضرر إلى وجود سبب أجنبي كقوة قاهرة أو فعل صاحب المشروع أو المقاول الأصلي<sup>373</sup>.

وقد يحتاج المقاول الفرعي في إنجازه للعمل إلى أيدي عاملة ومساعدين لإنجاز المشروع، إذ لم تتضمن النصوص القانونية ما يفيد تحميل المقاول الأصلي نفقات أجور العمال. ويمكن القول في هذا السياق بإمكانية تطبيق الحكم الوارد في الفقرة الثانية من المادة

---

D. MAINGUY, *op. cit.*, n° 375, p.295 et B. LOUVEAUX, *préc.*, v. aussi, l'arrêté loi du 20 septembre 1945 in B. KOHL et M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *préc.* « *L'ensemble des prescriptions techniques relatives à la forme, la composition, la qualité des produit et marchandises, aux méthodes de calcul, d'essai, de construction,...* ».

<sup>369</sup> - Documents techniques unifiés.

<sup>370</sup> - Centre scientifique et technique du bâtiment.

<sup>371</sup> - Association française de normalisation.

<sup>372</sup> - CA Dijon, 5 janvier 1999, SARL Flor C/Gosse, RD imm. 2000, p. 176, in J.-L. BERGEL, J.-J. LIARD et J.-J. EYROLLES, *préc.*

<sup>373</sup> - J.-P. KARILA, *Les responsabilités des constructeurs*, *op. cit.*, p. 61 : « *L'entrepreneur doit exécuter ses travaux conformément aux règles de l'art. Il s'agit d'une obligation commune à tous les locateurs d'ouvrage. La violation des règle de l'art pourra être constituée non seulement par une exécution défectueuse, mais également par une exécution impliquant des dommages ou des dangers dans l'utilisation des ouvrages* ».

552 من القانون المدني، أي تحميل المقاول الفرعي نفقات ما قد يحتاجه في إنجاز عمله من آلات وأدوات وأيدي عاملة باعتباره في مركز مقاول البناء في العقد الأصلي<sup>374</sup>.

ولكن ما مدى مسؤولية المقاول الفرعي في حالة وفاة المقاول الأصلي أثناء إنجاز

العمل؟

تقضي الأحكام القانونية<sup>375</sup> بأن عقد المقاولة ينقضي بوفاة المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار، ولا يجوز لرب العمل فسخ العقد، إلا إذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل. تبعا لذلك، يترتب على وفاة المقاول الأصلي انقضاء عقد المقاولة الأصلية، إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد. وهذا ما يتطابق مع أحكام التشريع الفرنسي<sup>376</sup>. وبما أن عقد المقاولة الفرعية يرتبط بعلاقة تبعية بالعقد الأصلي، فإن العقد الفرعي ينقضي بانقضاء العقد الأصلي.

---

<sup>374</sup>- علي محمد فرحان عزابزة، *التزامات المقاول وفق أحكام التشريع المغربي والتشريع الأردني*، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1999، ص. 249.

<sup>375</sup>- المادة 569 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: "ينقضي عقد المقاولة بموت المقاول إذا أخذت بعين الاعتبار مؤهلاته الشخصية وقت التعاقد وإن كان الأمر خلاف ذلك فإن العقد لا ينتهي تلقائيا ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة 552 الفقرة الثانية إلا إذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل". والملاحظ بأن هذه المادة تحيل إلى الفقرة الثانية من المادة 552 من نفس القانون التي تنص على ما يلي: "وعلى المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية ويكون ذلك على نفقته، هذا ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك". فيقصد المشرع بغير الحالات المنصوص عليها في هذه الفقرة الحالات التي لا يوفر فيها المقاول آلات ومعدات العمل. إذ يقصد بالمعدات الآلات والمركبات التي جلبها المقاول مؤقتا إلى موقع إنشاء الأعمال. وتتشكل هذه المعدات من معدات يدوية أو آلية لحفر الأساسات، وزحافات التسوية التي تستخدم في أعمال الحفر والردم، ومن معدات الخرسانة. أنظر أمانة سميع، *المقاولة من الباطن للصفحة*، دراسة للمركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، 2008، ص. 190.

<sup>376</sup> - Art. 1795 C. civ. fr. : « le contrat de l'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier , de l'architecte ou entrepreneur » et art. 1796 c. civ. fr. : « Mais le propriétaire est tenu de payer en proportion du prix porté par la convention, à leur succession, la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparés, lors seulement que ces travaux ou ces matériaux peuvent lui être utiles ».

وبالرجوع إلى نص المادة 570 من القانون المدني<sup>377</sup> نجدها تلزم صاحب المشروع إذا انقضى عقد المقاولة ب وفاة المقاول بدفع قيمة الأعمال التي أنجزها المقاول إلى ورثته. ويلتزم هؤلاء بالمقابل برد المبالغ المستحقة إلى المقاول الفرعي لأنه قام بهذه الأعمال بسبب عقد المقاولة الفرعية<sup>378</sup>.

أما في حالة وفاة المقاول الفرعي، فإن العقد الباطني ينقضي لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي<sup>379</sup>. ويجب على المقاول الأصلي أن يدفع لورثة المقاول الفرعي قيمة ما تم إنجازه من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم. على أنه لا يترتب على وفاة المقاول الفرعي انقضاء العقد الأصلي المبرم بين المقاول الأصلي وصاحب المشروع، لأن العقد الفرعي يعتبر تابعا للعقد الأصلي والعكس غير صحيح.

وفي حالة وفاة صاحب المشروع فإن العقد الأصلي يستمر لصالح الورثة، ويستمر معه العقد الفرعي، لأن موضوع العقد يكمن في تشييد البناء ولا يتعلق برب العمل شخصيا.

---

V. aussi, P. PUIG, *op. cit.*, n° 849, p. 469.

<sup>377</sup>- المادة 570 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: "إذا انقضى العقد بموت المقاول وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم. وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات. ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بدىء في تنفيذها، على أن يدفع عنها تعويضا عادلا. وتسري هذه الأحكام أيضا إذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا عن إتمامه لسبب خارج عن إرادته".

<sup>378</sup>- أحمد حماد، المرجع السابق الذكر، بند 55، ص. 69.

<sup>379</sup>- المادة 567 ق. م. ج. التي تنص على أنه: "ينقضي عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه"، كما جاءت المادة 121 من نفس القانون المعدلة لتضع قاعدة عامة لانفساخ العقد بقولها: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون". ويقصد الفقه بالاستحالة التي تؤدي إلى انحلال العقد الاستحالة التي لا يمكن توقعها ولا مقاومتها كالقوة القاهرة. فإذا أثبت المدين أن الالتزام الذي على عاتقه قد أصبح تنفيذه مستحيلا عليه، ولا دخل له في ذلك، فإن الرابطة التعاقدية تنحل بحكم القانون. أنظر في هذا الموضوع تونسي حسين، *انحلال العقد، دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة*، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص. 103.

## الفرع الثاني: التزام المقاول من الباطن بإنجاز العمل المتفق عليه خلال الأجل المحدد في العقد الفرعي

إذا كان المقاول الأصلي ملزماً بمقتضى العقد الأصلي، بتنفيذ العمل خلال أجل محدد، فإن الأمر ينطبق على المقاول الفرعي تجاه المقاول الأصلي. فمن المنطقي أن يرتبط آجال تنفيذ عقد المقاولة الفرعية بآجال تنفيذ العقد الأصلي. لذلك يلتزم المقاول من الباطن بتنفيذ العمل الموكول له في الموعد المتفق عليه في العقد، فإن لم يوجد اتفاق على مدة معينة، فيكون الانجاز في المدة المعقولة التي تسمح بإنجازه نظراً لطبيعته ومقدار ما يقتضيه من دقة وحسب عرف المهنة<sup>380</sup>.

ولكن ما الحكم إذا تأخر المقاول الفرعي بإنجاز الأعمال الموكولة إليه، ولم يتمكن من إتمامها في الموعد المتفق عليه، فهل يمكن للمقاول الأصلي أن يتدخل قبل انتهاء المدة أم عليه الانتظار إلى غاية انتهاءها؟

إن تنفيذ الالتزامات العقدية التي يرتبها عقد المقاولة من الباطن، يتضمن ضرورة التقيد بالآجال المتفق عليها، والتي تجعل الإنجاز كاملاً، الأمر الذي يوفر للعقد المبرم النتائج المرجوة منه. لذلك يرى الفقه<sup>381</sup> أن التزام المقاول بإنجاز المشروع في مدة معقولة هو التزام بتحقيق غاية وليس التزام ببذل عناية. فلا يكفي لإعفاء المقاول من المسؤولية عن

<sup>380</sup>- إبراهيم سيد أحمد، المرجع السالف الذكر، ص. 31.

ويدخل في تقدير هذه المدة نوع العمل ومدى ارتباطات المقاول الفرعي، والوقت الذي يكفي عادة لإنجاز العمل.

V. aussi, D. GIBIRILA, *Contrat d'entreprise, Louage d'ouvrage et d'industrie*, Juris-cl. Civ. 2002, fasc. 40, n° 54, p. 16 : « en l'absence de toute précision relative à ce délai ou en dehors du domaine d'application de la loi, les juges apprécient le délai raisonnable, au regard des usages et de la nature de la prestation » et G. VERMELLE, *op. cit.*, p. 123.

<sup>381</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السالف الذكر، بند

43، ص. 77.

V. aussi, J.-P. BABANDO, *op. cit.*, n° 457, p. 153 : « Le respect des délais constitue une obligation importante dans la mesure où dans le domaine de l'immobilier, l'achèvement de l'ouvrage conditionne sa mise en exploitation sur le plan économique. Le respect du délai prévu dans le marché constitue une obligation de résultat et il appartient au sous-traitant d'apporter la preuve que le retard est dû à une cause étrangère... ».

التأخير، أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل في الميعاد، بل عليه إثبات أن السبب الأجنبي من قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو فعل الغير، هو الذي حال دون إتمام الأشغال في الوقت المتفق عليه.

يعتبر تأخر المقاول في إنجاز المشروع من الأضرار التي تشملها أحكام المسؤولية العقدية، إذ أن مصدر هذه المسؤولية يكمن في عدم تنفيذ العقد أو سوء تنفيذه<sup>382</sup>. كما يعد التأخر في الإنجاز إخلالا بالالتزام بتحقيق نتيجة تتمثل في احترام الميعاد التعاقدية، والالتزام بإنجاز عمل مطابق للمواصفات وخال من العيوب. إذ يكفي أن لا تتحقق النتيجة المطلوبة حتى تقوم المسؤولية العقدية<sup>383</sup>. بيد أنه يمكن للمقاول الفرعي نفي هذه المسؤولية عن نفسه، إذا أثبت بأن التأخر ناتج عن تأخر المقاول الأصلي في تسليمه مواد البناء. كما قد يواجه المقاول الفرعي عند إنجازه للعمل فعليا ظروف استثنائية غير متوقعة تؤخره عن تسليم المشروع في الوقت المحدد. فيضطر إلى تبليغ المقاول الأصلي بذلك من أجل اتخاذ الاحتياطات اللازمة، ومن أجل تمديد أجل التسليم. مما يدفع بالمقاول الأصلي إلى طلب أجل إضافي من صاحب المشروع للتسليم، فيذهب الأطراف إلى تعديل الاتفاق فيما يخص آجال تسليم المشروع<sup>384</sup>. وتتمثل هذه الظروف الاستثنائية كما يلاحظ في الميدان العملي على سبيل المثال، في توقف غير متوقع لمصنع الاسمنت بسبب إضراب العمال أو الناقلين أو الموردين، أو عطب في الآلات والتجهيزات.

---

<sup>382</sup> - A. ZAHI, *Le droit et la responsabilité en matière de construction*, Rev. alg. 1987, n° 3, p. 587.

<sup>383</sup> - لأن عدم الحرص على تطبيق المواصفات المتفق عليها بموجب العقد أو التي يلزمها عرف كل مهنة، كثيرا ما يكون سببا في انحلال العقد. تونسي حسين، *انحلال العقد، دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة*، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص. 119.

<sup>384</sup> - H. LÉCUYER, S. DANNA et G. LESAGE, *op. cit.*, n 57, p. 2824-5: « *Il est d'usage que le sous-traitant prévoyant un retard en informe le donneur d'ordre pour que celui-ci puisse prendre ses dispositions. Il est également d'usage que le donneur d'ordre accorde un délai supplémentaire en cas de retard dû à une situation imprévisible. Le sous-traitant peut proposer les services d'un de ses confrères pour dépanner le donneur d'ordre* ».

وبالرجوع إلى الأحكام القانونية، تنص الفقرة الأولى من المادة 553 من القانون المدني الجزائري<sup>385</sup> على أنه " إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف لشروط العقد جاز لرب العمل أن ينذره بأن يصحح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة 170 أعلاه". وبإسقاط هذا الحكم على عقد المقاولة من الباطن، وثبت بأن عمل المقاول الفرعي معيب أو مناف لشروط العقد، فيحق للمقاول الأصلي إنذاره من أجل تصحيح طريقة التنفيذ خلال مهلة معينة يحددها له. وبانقضاء المهلة الممنوحة وعدم تصحيح المقاول الفرعي من طريقة عمله، خيرّ المشرع المقاول بين أن يكلف إنجاز العمل إلى مقاول آخر على نفقة المقاول الفرعي الأول، بعد الحصول على ترخيص قضائي، وبين طلب فسخ العقد. وللقاضي السلطة التقديرية فيحكم بفسخ العقد إذا رأى بأن الظروف تبرره، أو يمنح المقاول أجلاً من أجل تنفيذ الالتزام أو يأمر بتنفيذ العقد ولا يستجيب لطلب الفسخ. لاسيما إذا ثبت بأن المقاول الفرعي قد نفذ جزء مهم من الالتزامات، ولم يبق إلا الجزء الأقل أهمية بالنسبة لما نفذ. كما يمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض فوق الحكم بالفسخ، إذا اتضح له أن المقاول قد تعمدّ عدم التنفيذ، أو أهمل إهمالاً كبيراً في ذلك رغم إعداره<sup>386</sup>.

---

<sup>385</sup>- المعدلة بموجب المادة 49 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج. ر. 26 يونيو 2005، عدد 44، ص. 17.

<sup>386</sup>- المادة 119 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".

أنظر في هذا الموضوع، علي سليمان، المرجع السالف الذكر، ص. 104 ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، بند 379، ص. 378.

وقد أكد القضاء الجزائري<sup>387</sup> على التزام صاحب المشروع بإتباع الإجراءات التي تنص عليها المادة 553 من القانون المدني والمتمثلة في إنذار المقاول لتصحيح طريقة تنفيذ العمل خلال مهلة معينة. إذ يعتبر الإنذار إجراءً جوهرياً لقبول دعوى الفسخ، فيلتزم صاحب المشروع بأن ينذر المقاول المخل بالتزامه، حتى يقيم الدليل على امتناعه. فلا يمكنه طلب الفسخ إلا إذا امتنع المقاول عن تنفيذ العقد بأحسن وجه، بعد المهلة الممنوحة له من قبل صاحب المشروع. ففي هذه الحالة يمكنه إما طلب الفسخ وإما توكيل تنفيذ العمل إلى مقاول آخر. هذه الإجراءات التي لم يرق الطاعن بإتباعها، إذ اكتفى بتوجيه رسالتين للمطعون ضده يطلب من خلالها استئناف الأشغال الموقوفة، فلم تعتبر المحكمة العليا الرسالتين وسيلة إثبات قيامه بالإجراءات المنصوص عليها في المادة المذكورة.

وكما أشرنا، فإنه يجوز للمقاول الأصلي -باعتباره صاحب المشروع في العقد الفرعي- في حالة عدم تنفيذ الأعمال المتفق عليها في الوقت المحدد أن يطلب التنفيذ العيني أو الفسخ، كما له أن يلجأ إلى مقاول آخر لينفذ الأعمال التي لم ينجزها المقاول الأول. على نفقة هذا الأخير، بشرط الترخيص القضائي. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها<sup>388</sup>، حيث رفضت من خلاله الطعن بسبب لجوء الطاعنة إلى مقاول ثان بدل الأول

---

<sup>387</sup> - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار مؤرخ في 11 نوفمبر 1987، المجلة القضائية، 1992، العدد الثالث، ص. 24، الذي قضى بما يلي: " من المقرر قانوناً أنه إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو منافٍ للعقد، جاز لرب العمل بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له. فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير سديد. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن". أنظر أيضاً في هذا الموضوع، المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار مؤرخ في 30 أكتوبر 1985، المجلة القضائية، 1990، العدد الثاني، ص. 44.

<sup>388</sup> - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار مؤرخ في 11 مارس 1998، المجلة القضائية، العدد الأول، 1998، ص. 109 التي تنص على ما يأتي: " من المقرر قانوناً أنه في الالتزام بعمل، إذا لم يرق المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً. ولما كان ثابتاً -في قضية الحال- أن الطاعنة لجأت إلى مقاول آخر الذي قام بتنفيذ ما التزم به المطعون ضدهما المتمثل في تشييد مجموعة من المساكن المتعاقد عليها دون أن تلجأ الطاعنة إلى القضاء لتطلب ترخيصاً لتنفيذ الالتزام حسب

من أجل تشييد مجموعة من المساكن المتعاقد عليها، بدون أن تطلب ترخيص قضائي حسب ما يقتضيه القانون<sup>389</sup>.

وباستقراء نص المادة 553 من القانون المدني قبل تعديلها بموجب المادة 49 من القانون رقم 05-10، السالف ذكره<sup>390</sup>، كان المشرع يجيز لصاحب المشروع بعد إنذاره للمقاول الذي يمتنع عن تنفيذ التزاماته خلال أجل معقول، بأن يطالب إما بالفسخ وإما باللجوء إلى مقاول آخر. ولم يكن يستلزم في ذلك أي ترخيص قضائي من أجل تعيين مقاول آخر لتنفيذ الأشغال. وبعد التعديل، أصبح المشرع يحيل إلى المادة 170 من القانون المدني التي تستلزم شرط الترخيص القضائي في حالة امتناع المدين عن تنفيذ التزاماته، بدلا من المادة 180 منه والتي تتعلق بكيفيات إعدار المدين<sup>391</sup>.

---

ما يقتضيه القانون ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه تجاوز ومخالفة القانون غير سديد ويستوجب الرفض".

<sup>389</sup> المادة 170 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: " في الالتزام بعمل، إذا لم يقدّم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا".

<sup>390</sup> المادة 553 ق. م. ج. قبل تعديلها بموجب المادة 49 من القانون رقم 05-10، السالف الذكر، التي كانت تنص على ما يلي: " إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف لشروط العقد جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقا لأحكام المادة 180 أعلاه".

<sup>391</sup> تجب الإشارة إلى أن المشرع يستعمل أحيانا مصطلح الإعدار (*La mis en demeure*) في المادة 119 من القانون المدني الواردة في القسم المتعلق بانحلال العقد. في حين استخدم في المادة 553 من القانون المذكور المتعلقة بعقد المقاولة الواردة في قسم التزامات المقاول مصطلح الإنذار (*Sommation*). غير أنه لا يوجد فرق جوهري بين المصطلحين، فقد نص المشرع في المادة 180 على أنه: " يكون إعدار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعدار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".

ويعرّف الإعدار بأنه عقد غير قضائي يوجهه الدائن إلى المدين يطالبه بموجبه بتأدية التزامه، ويهدف أساسا إلى نشوء الحق للدائن للمطالبة بالتعويض في حالة عدم التنفيذ أو في حالة فسخ العقد. أما الإنذار فيعد عقد غير

وبموجب التعديل المذكور، أضاف المشرع فقرة ثانية إلى المادة 553 من القانون المدني، يجيز بموجبها لصاحب المشروع المطالبة بفسخ العقد مباشرة دون الحاجة إلى منح أجل لتصحيح طريقة العمل، وذلك إذا ثبت أن إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً<sup>392</sup>. وينطبق هذا الحل على علاقة المقاول الأصلي بالمقاول الفرعي.

كما يمكن للمتعاقدان أن يدرجا شرطاً في العقد يقضي بانفساخه في حالة عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزاماته، أو تأخره في تنفيذها. وحتى مع غياب اتفاق، فإن المشرع وبقريره وجوب بدء المقاول العمل على الوجه المتفق عليه، وكأنه افترض وجود شرط فاسخ ضمني، أي وكأن المتعاقدان قد اتفقا عليه مسبقاً. بحيث إذا تحقق الشرط، أي تأخر المقاول الفرعي في تنفيذ العمل أصبح اتفاقهما مفسوخاً بقوة القانون. بشرط أن يقوم المقاول الأصلي بإصدار المقاول من الباطن بالبدء في إنجاز العمل خلال مدة معقولة يحددها له، فإذا لم يبدأ فسخ العقد بقوة القانون<sup>393</sup>.

---

قضائي أيضاً والذي يطالب بموجبه الدائن (صاحب المشروع) المدين (المقاول) بإنجاز العمل المتفق عليه. ومن تم يظهر بأن الإعدار في الأحكام العامة يتعلق بتنفيذ الالتزام كيف ما كان سواء تعلق بنقل ملكية شيء أو بتأدية عمل أو الامتناع عن القيام بعمل ما. أما الإنذار في عقد المقاولة فيحدد في المطالبة بتأدية العمل المتفق عليه في عقد المقاولة أو في عقد المقاولة من الباطن. كما أن الإنذار على خلاف الإعدار يعتبر تدبير استعجالي، وهذا ما يفسر استخدامه المشرع في أحكام عقد المقاولة لأن هذا الأخير مبني على ضرورة تحديد الأجل للإنجاز المشروع، فيكون الإنذار بمثابة تنبيه قبل انقضاء الأجل وما يترتب عليه من فرض عقوبات تتمثل في غرامات تأخير. أنظر ابتسام القران، *المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري*، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1992، ص. 252 وأحمد زكي بدوي، *معجم المصطلحات القانونية*، دار الكتاب المصري ودار الكتاب اللبناني، 1989، ص. 218.

V. aussi, R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 1990, p. 225.

<sup>392</sup> - الفقرة الثانية من المادة 553 ق. م. ج.، المعدلة.

<sup>393</sup> - المادة 120 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الإعدار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين".

## المطلب الثاني: التزام المقاول من الباطن بتسليم العمل محل العقد إلى المقاول

### الأصلي

يلتزم المقاول الفرعي بتسليم العمل محل المقابلة من الباطن بعد إنجازه إلى المقاول الأصلي، فيتسلمه هذا الأخير تمهيدا لتسليمه إلى صاحب المشروع. وما يلاحظ في هذا الخصوص أن موضوع تسليم العمل من قبل المقاول الفرعي وتسلمه من طرف المقاول الأصلي، الذي يسلمه بدوره إلى صاحب المشروع يثير بعض الإشكال كونه يجمع بين التزامين يبدوا أنهما متشابهين، ولكنهما مستقلين بأحكام خاصة. فإذا كان تسليم العمل بعد إتمامه التزاما يقع على عاتق المقاول الفرعي الذي يلتزم بأداءه في المكان والزمان المحددين، فإنه وطبقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يلتزم المقاول الأصلي من جانبه بتسلم العمل المنجز، وذلك بوضع يده عليه. بالتالي، حتى يرتب التسليم آثاره القانونية يجب أن يقترن بالتسلم الذي رتبّه المشرع الجزائري أغلب الآثار القانونية عليه (La réception des travaux)، وليس من تسليم المشروع (La livraison). هذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن مفهوم الالتزام بتسليم العمل (الفرع الأول)، ثم عن كيفية تسليمه إلى المقاول الأصلي (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مفهوم الالتزام بتسليم العمل موضوع التعاقد من الباطن

يتضح من استقراء الأحكام القانونية، بأن المشرع الجزائري لم يعرف الالتزام بالتسليم في مقاولات البناء، وترك هذه المهمة للفقهاء<sup>394</sup> الذي عرفه بأنه " إخلاء المقاول الفرعي بينه وبين المبنى الذي تحت يده وفي حيازته بعد تمام إنجازه، ليكون تحت تصرف مقاول البناء الأصلي، بحيث يستطيع أن ينفذ التزامه بتسليمه بدوره إلى رب العمل تنفيذا لعقد المقابلة

<sup>394</sup>- آمنة سميع، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، المرجع السالف الذكر، ص. 174.

الأصلي". في حين ذهب البعض<sup>395</sup> إلى اعتباره مجرد فعل ينقل حراسة الشيء ومخاطره إلى المتعاقد الآخر.

ولا يعد المقاول الفرعي منفذاً لالتزامه، لو سلم العمل مباشرة إلى صاحب المشروع، لأن هذا الأخير لا يرتبط معه بعقد، وإنما تعاقده مع المقاول الأصلي. لذلك، يجب على المقاول الفرعي تسليم العمل إلى المقاول الأصلي مباشرة، لا إلى صاحب المشروع<sup>396</sup>.

واختلف الفقه في مدى اعتبار لفظي التسلم والتسليم كمترادفين، فذهب البعض<sup>397</sup> إلى أن التسلم (*La réception*) لا يعني التسليم (*La livraison*)، فلكل مصطلح معنى خاص به، فالتسليم هو واجب يقع على عاتق المقاول الفرعي، فيلتزم هذا الأخير بالوفاء بالعمل المشيد في المكان والزمان المتفق عليهما، وهو التزام بتحقيق نتيجة تتجسد في تسليم العمل محل الاتفاق إلى المقاول الأصلي - باعتباره صاحب المشروع - وتمكينه من الانتفاع به بعد أن يقبله هذا الأخير. وقد اتفق الفقه<sup>398</sup> على أن التسليم يكون بوضع العمل تحت تصرف المقاول الأصلي، بحيث يتمكن هذا الأخير من الاستيلاء عليه والانتفاع به دون عائق. أما التسلم فهو التزام يقع على عاتق المقاول الأصلي، ويعني إقراره بقبول العمل المنجز من قبل

<sup>395</sup> - Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2006, n° 4519, p. 921.

<sup>396</sup> - سامي محمد، المرجع السالف الذكر، ص. 245.

<sup>397</sup> - لأكثر تفصيل في هذا الموضوع أنظر: عبد الرزاق حسين يسين، المرجع السالف الذكر، ص. 159 ومآزة حنان، النظام القانوني لتسليم المشاريع في عقد مقاوله البناء، المقال السالف الذكر، ص. 204.

على المقاول بعد إنهاء العمل المكلف به تسليمه إلى صاحب المشروع في المدة المتفق عليها. ويقابله من الطرف الأخير تسلم للعمل، ويختلف هذا المفهوم عن تسليم العمل برده وإرجاعه إلى صاحب المشروع وهو ما يسمى بـ (*la remise*)، فيقال تسلم الشيء بواسطة من أعد الشيء لصالحه. وأن التسلم ليس إلا استلاماً من جانب الدائن وهو صاحب المشروع (*la délivrance*) فهو إذن عكس التسليم (*la livraison*).

<sup>398</sup> - قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السالف الذكر، ص. 242؛ علي محمد فرحان عزازية، المرجع السابق، ص. 249 وجعفر الفضلي، المرجع السابق، ص. 391.

المقاول الفرعي وذلك بعد فحصه ومعاينته. في حين اعتبر جانب من الفقه التسلم والتسليم التزامين مترادفين<sup>399</sup>، على أنه إذا تضمن عقد المقاولة التزاما بتوريد أشياء لصاحب المشروع فيعني ذلك تسليمها إليه، أما ما يتعلق بمقاولات التشييد والبناء فيقتضي الأمر تسلم العمل من قبل صاحب المشروع<sup>400</sup>.

ويلتزم المقاول الفرعي بالإضافة إلى تسليم العمل محل العقد الفرعي، برد ما بقي من المواد التي قدمها المقاول الأصلي، تطبيقا للمادة 552 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي "إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة فعلى المقاول أن يحرص عليها وبراعي أصول الفن في استخدامه لها وإن يؤدي حسابا لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقي منها فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية فهو ملزم برد قيمة هذا الشيء لرب العمل. وعلى المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية ويكون ذلك على نفقته، هذا ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك". وأساس تطبيق هذا النص على المقاول الفرعي، مرده إلى اعتبار هذا الأخير في منزلة المقاول الأصلي في عقد المقاولة من الباطن. وعلى المقاول أيضا رد ما تسلمه من تصاميم ورسومات ونماذج ورخص، كرخصة البناء ومستندات مثبتة لملكية الأرض التي سيقام فوقها البناء، وأدوات ومهمات التي تسلمها من قبل رب العمل، ولم تعد الحاجة تدعو إلى الاحتفاظ بها عنده بعد أن أنجز المشروع<sup>401</sup>. أما المقاول الفرعي، فيردّها إلى المقاول الأصلي إن تسلمها منه.

### الفرع الثاني: كيفية تسليم المقاول من الباطن العمل إلى المقاول الأصلي

<sup>399</sup> - V. aussi, B. BOUBLI, *op. cit.*, n° 341, p. 51 : « Livraison et réception sont au contraire deux actes distincts, si l'on estime qu'à l'obligation de livrer correspond une obligation de prendre livraison et, qu'accessoirement à celle-ci il existerait une obligation de réceptionner. L'artifice du langage devrait suffire à condamner cette dualité. De toute évidence, prendre livraison, c'est recevoir. Les deux expressions ont le même sens... ».

<sup>400</sup> - F. LEFEBVRE, *op. cit.*, n° 3080, p. 457 et D. MAINGUY, *op. cit.*, n° 387, p. 307.

<sup>401</sup> - أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السالف الذكر، بند 48، ص. 89.

لمعرفة كيفية تنفيذ المقاول من الباطن التزامه بتسليم العمل إلى المقاول الأصلي، يجب البحث في وقت وقوع التسليم ومكانه.

### أولاً: وقت تسليم المقاول الفرعي العمل إلى المقاول الأصلي

يتم التسليم كقاعدة عامة بالتزامن مع التسلم، كما قد يتحدد ميعاد التسليم والتسلم بالاتفاق بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن في عقد المقاولة من الباطن. وقد لا يتفقان على ذلك، وإنما يحددان أجلاً لإنهاء تنفيذ العمل، فيجب أن يتم تنفيذ الالتزام عند انتهاء الأجل المحدد. ويختلف ميعاد تسليم العمل في عقد المقاولة الأصلية عن ميعاده في عقد المقاولة من الباطن، لأن المقاول الأصلي ملزم بتسليم صاحب المشروع عمل مطابق للمواصفات المتفق عليها وفي الوقت المحدد، لذلك، يتفق المقاول الأصلي مع المقاول من الباطن على أن يكون التسليم قبل الأجل المحدد بين مقاول البناء وصاحب المشروع في العقد الأصلي، حتى يتمكن المقاول الأصلي من فحص العمل المسلم له من طرف المقاول الفرعي وتدارك نقائصه. ويكون التسليم في الميعاد المتفق عليه، وإلا تعرض المقاول الفرعي للمسؤولية العقدية بسبب إخلاله بالتزامه التعاقدية، الذي لا يمكن دفعه إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي منعه من تنفيذ التزامه. فإذا لم يكن هناك ميعاد متفق عليه، ففي الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعته ولعرف المهنة. ويراعى في تحديد الميعاد طبيعة العمل، وما يستغرقه عادة من الوقت، وإمكانيات مقاول البناء الفرعي المعلومة لدى المقاول الأصلي<sup>402</sup>.

على أنه إذا حلّ موعد التسليم، وكان للمقاول الفرعي أجر مستحق في ذمة المقاول الأصلي، فيمكنه عدم تنفيذ التزامه بالتسليم إلى حين استقاء كامل أجره، وذلك تطبيقاً لنص المادة 123 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي " في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

<sup>402</sup>- أحمد حماد، المرجع السالف الذكر، بند 57، ص. 73.

## ثانيا: مكان تسليم المقاول الفرعي العمل إلى المقاول الأصلي

لم يحدد المشرع الجزائري المكان الذي يتم فيه تسليم العمل في مقاولات البناء، كما أن الأطراف غالبا ما لا يتفقون على ذلك في العقد. وهذا أمر منطقي، ذلك أن طبيعة مقاولات البناء تقتضي أن يكون التسليم في مكان تنفيذ المشروع دون سواه، كون أن محل الالتزام في مقاولات البناء تتميز بخاصية الثبات والاستقرار، فلا يمكن الاتفاق على تسليم العمل في مكان آخر غير مكان تواجد المشروع.

وبالتالي، بمجرد انتهاء المقاول من الباطن من أشغال البناء المكف بها، عليه إبلاغ المقاول الأصلي بذلك، تمهيدا لعملية التسليم والذي يلتزم بالانتقال إلى مكان تواجد البنايات المنجزة من أجل معاينتها وتفحصها والتأكد من مدى مطابقتها لما اتفق عليه، حتى ينفذ التزامه بتسليم الأشغال محل التعاقد الفرعي.

## المبحث الثاني: التزامات المقاول الأصلي اتجاه المقاول من الباطن

يأخذ المقاول الأصلي في عقد المقاولة الفرعية مركز صاحب المشروع في المقاولة الأصلية، فيلتزم اتجاه المقاول الفرعي بكل الالتزامات المترتبة على عاتق رب العمل جراء إبرام عقد المقاولة. فيجب على المقاول الأصلي تمكين المقاول من الباطن من تنفيذ العمل المتفق عليه (المطلب الأول)، وبعد انجاز العمل وتبليغه يلتزم بتسليمه من المقاول الفرعي (المطلب الثاني)، كما يلتزم المقاول الأصلي بدفع أجر المقاول من الباطن في ميعاد استحقاقه (المطلب الثالث).

## المطلب الأول: التزام المقاول الأصلي بتمكين المقاول من الباطن من تنفيذ العمل المتفق عليه

يلتزم المقاول الأصلي بأن يبذل كل ما في وسعه لتمكين المقاول الفرعي من البدء في تنفيذ العمل المتفق عليه، وعملا بمبدأ حسن النية والابتعاد عن الغش والاحتيايل يلتزم المقاول

الأصلي قبل كل شيء بأن يضع وسائل العمل تحت تصرف المقاول الفرعي (الفرع الأول)، كما يلتزم بإعلام ونصح المقاول الفرعي باعتباره رجل مهني (الفرع الثاني)، ومراقبة الأعمال المنجزة له (الفرع الثالث)، ويلتزم في الأخير بالمحافظة على سلامة المبنى الذي أقامه (الفرع الرابع).

## الفرع الأول: التزام المقاول الأصلي بوضع وسائل العمل تحت تصرف المقاول من الباطن

نتساءل بداية عن الشخص الذي يلتزم بتقديم المواد التي يحتاج إليها المقاول الفرعي من أجل تنفيذ عمله، ومن الذي يلتزم بإحضار الأدوات والوسائل التي تستعمل في إنجاز البناء. فهل هو صاحب المشروع أم المقاول الأصلي أم المقاول نفسه منفذ العمل؟

بالرجوع إلى الأحكام العامة، ينص المشرع الجزائري في المادة 550 من القانون المدني على أنه "يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله. كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا". وتطبيقا لما ورد بالنص القانوني، أجاز المشرع للمقاول باعتباره مقاول البناء ومنفذ المشروع أن يتعهد بتقديم عمله فقط، وفي هذه الحالة يتوجب على المقاول الأصلي باعتباره صاحب المشروع أن يقدم المواد اللازمة إلى المقاول الفرعي، ولو لم يتعهد صراحة بذلك. كما يجوز للمقاول الفرعي أن يقدم المواد اللازمة لتنفيذ المشروع أيضا.

بمعنى أن الأصل هو أن يتحمل المقاول الأصلي تقديم المواد الأولية إلى المقاول الفرعي، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك. وإذا قدم المقاول الأصلي هذه المواد، فيتعين على المقاول الفرعي أن يحرص عليها وأن يراعي أصول الفن في استخدامها، وأن يقدم للمقاول الأصلي كشف حساب عما استعمله منها. ويلتزم برد ما بقي منها إلى المقاول الأصلي. وإذا تلفت المادة المستخدمة في إنجاز المشروع، بحيث أصبحت غير صالحة للاستعمال بسبب إهمال المقاول الفرعي التزم برد قيمة هذه المواد إلى المقاول الأصلي.

وهذا ما أكدّه المشرع الجزائري بموجب المادة 172 من القانون المدني حيث نصّت على ما يلي " في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإرادته أو أن يتوخى الحبيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بدل في تنفيذه من العناية كل ما يبده الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك. وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولاً عن غشه، أو خطئه الجسيم". والفقرة الأولى من المادة 552 من القانون المذكور، التي نصت على ما يلي " إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة فعلى المقاول أن يحرص عليها وبراعي أصول الفن في استخدامه لها وأن يؤدي حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقي منها، فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية فهو ملزم برد قيمة هذا الشيء لرب العمل".

فإذا كان المقاول الأصلي أو رب العمل هو من قدم المادة فعلى المقاول الفرعي أن يستخدمها بذاتها دون تعديل فيها، وأن يحافظ عليها ويبدل في سبيل ذلك عناية الشخص العادي، وذلك في فحص المواد وكشف العيب الموجود فيها، فهي بمثابة وديعة عنده. وإذا احتاج الحفظ إلى نفقات تحملها المقاول الفرعي، تدرج هذه النفقات ضمن تقدير الأجر<sup>403</sup>. وفي هذا السياق يرى الفقه<sup>404</sup> أنه إذا لم يتعهد المقاول الأصلي تجاه رب العمل بتقديم المواد الأولية، فلا يصح للمقاول الفرعي التعهد بذلك في عقد المقابلة الفرعية. حيث يلتزم صاحب المشروع بتقديمها إلى المقاول الأصلي الذي يلتزم بدوره بتسليمها إلى المقاول الفرعي.

لذلك، يجب أن تكون المواد التي يقدمها المقاول الأصلي سليمة ومناسبة للغرض الذي يستعملها من أجله، إذ يجب أن تتوفر على الجودة التي تضمن سلامة البناية

<sup>403</sup>- آمنة سميع، المرجع السالف الذكر، ص. 189.

<sup>404</sup>- أحمد حماد، المرجع السابق الذكر، بند 53، ص. 65.

ومتانتها<sup>405</sup>، وتمكنه من تنفيذ التزامه على أتم وجه. ويمكن للمقاول الفرعي رد المواد التي يقدمها له رب العمل والتي لا تملئ شروط النوعية المطلوبة. كأن يلاحظ في المادة عيب لا يصلح للغرض المطلوب كتعيب الخشب المقدم لاستعماله، أو تعيب الأرض المراد إقامة البناء عليها. فيتوجب عليه إخطار صاحب المشروع فوراً وإلا كان مسؤولاً نظراً لإهماله<sup>406</sup>. أما إذا تعهد المقاول الفرعي بتقديم المواد المستخدمة في العمل كلها أو بعضها، فإنه يكون مسؤولاً عن جودتها وعليه ضمانها للمقاول الأصلي<sup>407</sup>. وفي جميع الحالات يتعين على المقاول الفرعي أن يتحقق من جودة المواد المقدمة، وذلك بفحصها، لأنه مسؤول عن الأضرار والعيوب التي تنجم عن استعمالها حتى وإن لم يكن من الممكن التفتن إلى تعييبها<sup>408</sup>.

كما يلتزم المقاول الفرعي حتى يتمكن من إنجاز العمل، أن يأتي بما يحتاجه من آلات وأدوات اللازمة لذلك. تطبيقاً لنص المادة 552 في فقرتها الثانية التي تنص على ما

---

<sup>405</sup>- يعرف الفقه الجودة بأنها: " مجموعة الخواص والخصائص الكمية التي يحملها المنتج أو الخدمة والتي تحدد إلى أي مدى تحقق احتياجات ورضا العميل " أنظر قلوب الطيب، تقييم المطابقة في التشريع الجزائري، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، العدد 3، 2012، ص. 104.

<sup>406</sup>- الأودن سمير عبد السميع، ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق بائع العقار ومشيدي البناء المقاولين والمهندسين، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2000، ص. 30؛ بجاوي المدني، المرجع السابق الذكر، ص. 112 ومحمد حسين منصور، المرجع السالف الذكر، ص. 104.

<sup>407</sup>- المادة 551 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: " إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولاً عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل".

ويجمع الفقه على أنه في حالة تقديم المواد من قبل المقاول الفرعي، فإن العقد يصبح مزيجاً من بيع ومقاول، بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل، فيقع البيع على المادة وتسري أحكامه فيما يتعلق بها. وتقع المقاول على العمل وتطبق أحكامها عليها. لذلك فإن المقاول الفرعي يعتبر مسؤولاً عن جودة المادة وعليه ضمانها صاحب المشروع. لأن هذا الأخير يكون بائعاً للمادة، فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية. أنظر أنور طلبة، المرجع السابق، ص. 245 وأحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، بند 122، ص. 217.

<sup>408</sup> - J.-P. KARILA, *Les responsabilités des constructeurs, op. cit.*, p.62.

يلي " وعلى المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية ويكون ذلك على نفقته، هذا ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك".

قد يحتاج المقاول الفرعي إلى أدوات ومواد من أجل تنفيذ العمل المكلف به، فمتى تعهد المقاول الأصلي بتقديمها له، وجب عليه الوفاء بها في وقت مناسب. ويقصد بالوقت المناسب وقت إبرام العقد حتى يتمكن المقاول الفرعي من إنجاز المشروع ولا يتذرع بعدم حصوله على المواد في الوقت الملائم. كما قد يحتاج المقاول الفرعي إلى استصدار بعض الرخص لإنجاز العمل، كرخصة البناء أو الهدم مثلا، فيجب على رب العمل أن يحصل له عليها في الميعاد المناسب، حتى لا يتأخر البدء في تنفيذ المشروع. ويختلف الأمر في هذه الحالة عن المواد الأولية، لأنها تقع على عاتق مقاول البناء من الباطن دون حاجة إلى اشتراط ذلك في العقد، سواء كان المقاول الفرعي هو من وردّ المادة أم المقاول الأصلي أو رب العمل، ما لم يقضي عرف المهنة خلاف ذلك<sup>409</sup>. فقد يلتزم المقاول الأصلي بتقديم هذه الأدوات إلى المقاول الفرعي، على اعتبار أن تقدير الأجر عند التعاقد يأخذ بعين الاعتبار مثل هذه النفقات.

ويلتزم المقاول الأصلي بأن لا يقيم عقبات أمام المقاول الفرعي، وذلك بأن يعرقل تنفيذ العمل سواء من بدايته أو أثناءه. كأن يحدث تعديلات غير ضرورية للمشروع، أو إيقافه إلا إذا وجد سبب مشروع لذلك<sup>410</sup>.

---

<sup>409</sup>- الفقرة الثانية من المادة 552 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: " وعلى المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية ويكون ذلك على نفقته، هذا ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك".

أنظر أيضا قدرتي عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السالف الذكر، ص. 241 وأحمد حماد، المرجع السابق الذكر، بند 54، ص. 68.

<sup>410</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السالف الذكر، بند 78، ص. 145.

وتجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أنشأ مخابر خاصة تتكفل بفحص المنتجات، وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05-465 المؤرخ في 6 ديسمبر 2005، والمتعلق بتقييم المطابقة<sup>411</sup>، حيث نص على إنشاء عدة أنواع من هيئات المخابر<sup>412</sup>، أهمها المركز الجزائري لمراقبة النوعية والرزق<sup>413</sup>، الذي يعد أعلى هيئة مخبرية عمومية في الجزائر، يتولى تسيير المخابر والمفتشيات الإقليمية والفرق المتخصصة في مراقبة النوعية. ومخابر تحليل الجودة والتي يمكن إنشاءها من قبل الخواص، سواء كانوا أشخاصا طبيعيا أو معنوية، وفقا لشروط وأحكام محددة قانونا<sup>414</sup>.

### الفرع الثاني: التزام المقاول الأصلي بالإعلام والنصح

سنتطرق أولا إلى دراسة مفهوم التزام المقاول الأصلي بالإعلام، ثم عن التزامه بالنصح.

#### أولا: التزام المقاول الأصلي بالإعلام

<sup>411</sup>- ج. ر. 11 ديسمبر 2005، العدد 80، ص. 9.

<sup>412</sup>- منها ما هو مختص بتقييم جميع المنتجات والخدمات، ومنها ما يقتصر دوره على تقييم منتجات محددة أو جوانب معينة من المنتج. أنظر في هذا الموضوع قلوب الطيب، نفس المرجع.

<sup>413</sup>- المرسوم التنفيذي رقم 89-147 المؤرخ في 8 أوت 1989، الذي يتضمن إنشاء مركز جزائري لمراقبة النوعية والرزق وتنظيمه وعمله، ج. ر. 9 أوت 1989، العدد 33، ص. 884، المعدل والمتمم.

<sup>414</sup>- المرسوم التنفيذي رقم 02-68 المؤرخ في 6 فبراير 2002، والمتعلق بشروط فتح مخابر تحاليل الجودة واعتمادها، ج. ر. 13 فيفري 2002، العدد 11، ص. 36. تنص المادة 4 منه على أن الشخص الراغب في فتح مخبر الجودة أن يتوفر على المؤهلات العلمية اللازمة والتي يتم إثباتها عن طريق تقديم الشهادات الجامعية المتعلقة بالنشاط المراد ممارسته. وفي حالة كون طالب فتح المخبر لا يتوفر على هذه المؤهلات، فعليه إسناد المسؤولية التقنية للنشاط إلى شخص مؤهل قانونا. ويتولى مدير المركز الجزائري لمراقبة النوعية والرزق مهمة دراسة ملف الطالب الذي يسلمه رخصة فتح المخبر، إذا ما تأكد من مطابقة ملفه للشروط إنشاء المخبر. على أن استغلال مخبر تحليل الجودة يستلزم الحصول على رخصة خاصة بالاستغلال تسلم من قبل وزير التجارة. لأكثر تفصيل في هذا الموضوع أنظر قلوب الطيب، نفس المرجع.

أصبح الإعلام من الحقوق الثابتة للشخص، ويتجسد هذا الحق علاوة على مجال حماية المستهلك والمنافسة، أيضا في مجال المقاولات والبناء. إذ أصبح الالتزام بالإعلام قبل التعاقد أمرا ضروريا لإحاطة المستهلك علما بالميزات الأساسية والصفات المميزة للسلعة أو الخدمة موضوع العقد، وفقا لمبدأ حسن النية من جهة، ولتقادي عيوب الرضا من جهة أخرى. فتعطي للمستهلك كل المعلومات الضرورية التي يقصد منها تنبيهه بحقيقة مضمون العقد المراد إبرامه، وما قد يتضمنه من شروط وبنود ومخاطر متعددة<sup>415</sup>.

وباستقراء هذه النصوص، يلاحظ بأن المشرع الجزائري<sup>416</sup> قد ركز كثيرا على الالتزام السابق للتعاقد، إذ أوجب المشرع على كل متعامل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك<sup>417</sup>. بل قد اعتبر المشرع السكوت عن واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا، تجيز للمدلس عليه إبطال العقد، وتطبيقا للمادة 86 في فقرتها الثانية من القانون المدني، التي تنص على ما يلي "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

وبالتالي فإن الالتزام بالإعلام هو التزام يفرضه القانون على كل مهني بضرورة تبصير المتعاقد وتتوير إرادته بكافة جوانب التعاقد التي يجهلها من معلومات وبيانات متعلقة به في مرحلة سابقة للتعاقد، لتمكينه من التعرف على الخدمة المقدمة له، بالإضافة إلى شروط العقد حتى يتمكن من الإفصاح عن إرادته الجادة في قبول التعاقد. وهو **التزام يتضمن أخبارا حياديا للتعريف بملابسات محل التعاقد والإحاطة به على نحو مؤكد يؤدي**

---

<sup>415</sup> - العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السالف الذكر، بند 61، ص. 82.

<sup>416</sup> - المادة 4 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر. 27 يونيو 2004، العدد 41، ص. 3 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 23 يونيو 2010، ج. ر. 18 غشت 2010، العدد 46، ص. 11 والمواد 5، 8، 13 من القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، السالف الذكر.

<sup>417</sup> - المادة 17 من القانون رقم 09-03، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، السالف الذكر.

في نهاية المطاف إلى ثبوت الرضا على نحو مستتير<sup>418</sup>. إذ يلتزم المتعاقد الإفصاح بكافة البيانات والمعلومات من النصيحة والمشورة والتحذير، لتتوير المتعاقد الآخر وتبصيره وحمايته<sup>419</sup>.

وفرض التزام الإعلام على كل مهني بصفة عامة، وذلك بتقديمه المتعاقد معه جميع البيانات الضرورية لتمكينه من التعرف على الخدمة محل التعاقد، بالإضافة إلى شروط العقد حتى يتمكن من الإفصاح عن إرادته الجادة في قبول التعاقد.

وعلى اعتبار أن المفاوض الأصلي من الأشخاص المهنيين والمحترفين، فيقع عليه الالتزام بإعلام المفاوض الفرعي حول موضوع المشروع، ولا بد له من أن يعلمه بكافة الأعمال المراد إنجازها، وعليه تبليغه بمختلف التعليمات الصادرة عن صاحب المشروع. كما يشمل الالتزام بالإعلام أيضا تحذير المتعاقد ولفت انتباهه وتنبهه إلى المخاطر التي تتجم عن تنفيذ المشروع. لذلك، ينبغي على المفاوض الفرعي إعلام المفاوض الأصلي بكل الأمور المستجدة أثناء تنفيذ المشروع، وتزويده بالمعلومات اللازمة<sup>420</sup>، حتى ينفذ المفاوض الأصلي التزامه الموالي والمتمثل في النصح<sup>421</sup>.

---

<sup>418</sup> - هاشم علي الشهبان، المرجع السالف الذكر، ص. 66.

<sup>419</sup> - العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السالف الذكر، بند 166، ص. 191.

<sup>420</sup> - J.-L. BERGEL, J.-J. LIARD et J.-J. EYROLLES, *op. cit.*, n° 2853, p. 1326 ; B. LOUVEAUX, *op. cit.*, p. 23 : « Tout entrepreneur assume à l'égard de son client –fut-il lui-même entrepreneur- un devoir de conseil et d'information...Il est évident que le sous-traitant ne doit pas donner à son client entrepreneur toutes les informations qui sont dûes à un maître de l'ouvrage profane » ; J.-P. KARILA , *Les responsabilités des constructeurs*, *op. cit.* , p. 64 : « L'entrepreneur est tenu d'une obligation de renseignement et de conseil dans la limite de sa compétence tant à l'égard de l'architecte qu'à l'égard du maître de l'ouvrage. Cette obligation n'est pas cumulative mais plutôt alternative » et B. KOHL et M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *op. cit.* , p. 93.

<sup>421</sup> - D. MAINGUY, *op. cit.* n° 381, p. 302 et F. LEFEBVRE, *op. cit.* , n° 3065, p. 455.

ولا يقف التزام المقاول الأصلي بإعلام المقاول الفرعي فحسب، وإنما يكون ملزماً تجاه صاحب المشروع أيضاً<sup>422</sup>. بل عليه أن يلفت انتباه المهندس المعماري إلى الأخطاء الموجودة في التصميم، وإلى كل الجوانب السلبية التي يتلقاها منه ومن رب العمل. ويقوم الالتزام بالإعلام على أساس حسن النية والثقة المفروضة في التعاملات، وليس على أساس التفاوت وعدم التعادل في المعلومات والخبرة المهنية بين طرفي العقد، لأن كلا الطرفين يعتبران رجال فن وعلى دراية بأعمال البناء، وإنما بسبب تعقد عمليات البناء، بسبب تدخل عدة عوامل بشرية ومادية لإنجازها.

### ثانياً: التزام المقاول الأصلي بتقديم النصيحة أو المشورة

يعرّف الالتزام بالنصح بالالتزام الذي يحمل المتعاقد الآخر على إتيان أمر معين أو حمله على الامتناع على إتيانه<sup>423</sup>. وبالتالي، فإن الالتزام بالنصيحة هو التزام شأنه شأن الالتزام بالإعلام، يقع على عاتق كل مهني بإظهار المزايا والعيوب للمتعاقد، مما سيمكنه من اتخاذ قرار معين عن بينة وإدراك. وعلى أساس المساعدة التقنية التي تقوم عليها أغلب عقود المقاول، ينبغي على المقاول الأصلي بأن يقدم النصيحة إلى المقاول الفرعي، حتى يساعده في تنفيذ مهامه<sup>424</sup>. كالتزام بالتحذير الذي يظهر حينما يكون محل العقد شيئاً خطراً، حيث يكون على المقاول الأصلي أن يحذر المقاول الفرعي ويلفت انتباهه لخطورة ودقة بعض الأعمال المكلف بها.

ويرى جانب من الفقه<sup>425</sup> بأن المقاول الذي يملك قدر كافي من الخبرة المهنية، يلتزم بإعطاء صاحب المشروع كل المعلومات المهمة والخاصة بالمشروع حتى ينفذ وفقاً للشروط

<sup>422</sup> - P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, Litec, 4<sup>ème</sup> éd., 2004, n° 430, p. 317.

<sup>423</sup> - هاشم علي الشهبان، نفس المرجع.

<sup>424</sup> - Ph.MALAUURIE, L. AYNES et P.-Y.GAUTIER, *op. cit.*, n° 750, p. 424 ; P. PUIG, *op. cit.*, n° 825, p. 460 : « l'entrepreneur est tenu, à titre accessoire, de conseiller son client. Cette obligation puise son origine dans le devoir général d'information dégagé par la jurisprudence et trouve dans le contrat d'entreprise un terrain d'élection » et D.GIBIRILA, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, n° 63, p. 18.

<sup>425</sup> - Ph. DELEBECQUE, *Le contrat d'entreprise*, Dalloz, éd. 1993, p. 46 et s. : « l'obligation de conseil est accessoire à l'obligation principale d'exécuter le travail. La jurisprudence l'a imposée, de

المتفق عليها، إذ أن أساس التزامه يعود إلى مهنيته ودرايته بأعمال البناء. ولكن في حالة ما إذا كان الطرف الثاني في العقد شخص مهني أيضا، كما هو الحال بالنسبة للمقاول من الباطن، فلا أهمية للالتزام المقاول الأصلي بالنصح، بل يكفي إعلامه بظروف العمل. ويرى جانب آخر<sup>426</sup> بأن وجود تعدد المقاولين في تنفيذ نفس المشروع، لا ينفي التزام أحدهم بالنصح. وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية حين قضت بانتفاء مسؤولية المقاول الذي نفذ المشروع وفقا لتعليمات المقاول الآخر، في إطار واجب تبادل المعلومات بين المقاولين المشاركين في إنجاز نفس الأشغال<sup>427</sup>.

### الفرع الثالث: التزام المقاول الأصلي بالإشراف على العمل ومراقبته

الأصل أن مهمة متابعة أشغال البناء ومراقبتها قد أوكلها المشرع<sup>428</sup> إلى المهندس المعماري، وذلك عندما يكلف بمقتضى عقد مبرم بينه وبين صاحب المشروع بالإشراف والرقابة على تنفيذ المشروع، ففي هذه الحالة يعتبر هو الضامن لتطابق العمل مع التصميم الذي وضعه. غير أن المقاول الأصلي باعتباره مسؤولا تجاه رب العمل فهو ملزم بمراقبة المقاول الفرعي عن الأعمال التي أوكله القيام بها، وإن عمل المهندس في الإشراف والرقابة

---

*l'extérieur, en considérant que le professionnel, dont l'entrepreneur, qui a une compétence, qui a la maîtrise du contrat et de ses conséquences, qui a une notoriété, doit donner à son client toutes les informations nécessaires pour que l'opération envisagée se déroule dans de bonnes conditions. L'obligation est attachée à la qualité de professionnel et présente un caractère d'ordre public. Mais il va de soi que si le client est aussi compétent que l'entrepreneur, s'il est, lui aussi, un sachant, l'obligation de conseil n'a plus de raison d'être. Elle est effacée par le devoir de se renseigner qui pèse alors sur le co-contractant ».*

<sup>426</sup> - D. GIBIRILA, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, n° 68, p. 21.

<sup>427</sup> - Cass. civ. , 6 décembre 1983, RTD civ. 1984, p. 522, note Ph. REMY : « Il n'est certes pas insolite que les juges découvrent un devoir de renseignement accessoire à l'obligation principale de l'entrepreneur réparateur ou installateur d'appareils techniques ; il s'en trouve d'ailleurs très fréquemment dans toutes les variétés de louage d'ouvrage. Il est plus remarquable que ce devoir contractuel d'information soit reconnu, comme en l'espèce, non à l'égard du client lui-même mais à l'égard d'un tiers, professionnel spécialisé de surcroît. Sans doute, la participation des deux entrepreneurs à une même opération techniquement complexe, où les tâches s'imbriquaient, explique, en fait, cette particularité ».

<sup>428</sup> - المادتان 10 و 13 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988، المتضمن كفايات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، والسالف الذكر.

يعتبر بمثابة المساعدة التي يمكن أن يقدمها له، حتى ينجز المقاول الفرعي عمله بأحسن وجه.

وتتمثل مهمة متابعة الأشغال ومراقبتها في برمجة المهندس لاجتماعات، يتمكن فيها من مساءلة كل متدخل في عملية البناء عن كيفية سير العمل داخل الورشة. ويقصد برقابة الأعمال التأكد من سلامة سير العمل لتفادي حدوث أي خطأ أو إهمال سواء من المقاول الأصلي أو المقاول الفرعي أو من العمال الذين يستخدمهم لإنجاز المشروع<sup>429</sup>. ويختلف الالتزام برقابة الأعمال عن الالتزام بمتابعته إذ أن مفهوم المراقبة أوسع من مفهوم المتابعة لأنه يرمي إلى التأكد من أن المقاول يحترم قواعد وتقنيات البناء وأصول الفن عامة. أما المتابعة فتهدف إلى التأكد من أن المقاول ينفذ الأشغال طبقاً للأوامر التي يتلقاها<sup>430</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المراقبة موضوع الدراسة، تتعلّق بالمراقبة الناتجة عن التزام تعاقدية يقع على عاتق المقاول الأصلي. إذ يوجد رقابة أخرى تتم تحقيقاً للصالح العام، وهي تلك الرقابة التي تتم من قبل أعوان مؤهلين للبحث عن مخالفات التشريع والتنظيم في مجال التهيئة والتعمير<sup>431</sup>. ويقصد بها التحقق من وجود الوثائق القانونية والبيانية المرخصة للأشغال التي شرع فيها أو مطابقة هذه الأشغال مع الوثائق المسلمة. كما تقضي هذه

---

<sup>429</sup> - مازة حنان، ضمان العيوب في عقد مقاوله البناء، المذكرة السالفة الذكر، ص. 56.

<sup>430</sup> - يقصد بالأوامر التي يتلقاها المقاول أوامر الخدمة التي تعتبر وسيلة اتصال بينه وبين المهندس، فهي تمكنه من إعطاء أوامر بخصوص المواد المستعملة، أو لتقدير احترام المقاول لالتزاماته. أنظر في هذا الموضوع، حمادي جازية، المرجع السالف الذكر، ص. 90

<sup>431</sup> - المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 06-55 المؤرخ في 30 يناير 2006 الذي يحدد شروط وكيفيات تعيين الأعوان المؤهلين للبحث عن مخالفات التشريع والتنظيم في مجال التهيئة والتعمير ومعاينتها وكذا إجراءات المراقبة، ج. ر. 5 فبراير 2006، العدد 06، ص. 04. المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-343 المؤرخ في 22 أكتوبر 2009، ج. ر. 25 أكتوبر 2009، العدد 61، ص. 12. حيث حددت هذه المادة الأشخاص المؤهلة للبحث في المخالفات في مجال التهيئة والتعمير، زيادة على ضباط وأعوان الشرطة القضائية، مفتشوا التعمير، المستخدمون الذين يمارسون عملهم بإدارة وزارة السكن والعمران والأعوان الذين يمارسون عملهم بمصالح التعمير التابعة للبلدية.

الأحكام بالالتزام رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليمياً والأعوان المؤهلين قانوناً القيام بزيارة إلى الورشات من أجل معاينة المنشآت الأساسية والبنائات الجاري إنجازها وكذلك الفحص والمراقبة التي يرونها مفيدة، وطلب الوثائق التقنية الخاصة بها وذلك لأجل التأكد من مدى مطابقتها مع التشريع والتنظيم المعمول بهما<sup>432</sup>.

وبجانب رقابة الوثائق المرخصة للأشغال، توجد رقابة أخرى تقوم بها الهيئة الوطنية لرقابة البناء التقنية التي تختص برقابة بناء مختلف العمارات لتأكد من ثبات بناءها، وديمومته وأسسها، بهدف الإقلال من الفوضى في هذا المجال، والمساهمة في الوقاية من النقائص التقنية التي قد تطرأ أثناء الإنجاز. ويتم ذلك بدراسة جميع الترتيبات التقنية التي تتضمنها المشاريع، ولاسيما رقابة تصميم الأعمال الكبرى والعناصر التي ترتبط بها للتأكد من مطابقتها لقواعد البناء ومقاييسه. ويمكن أن يمتد عمل الرقابة إلى رقابة جودة المواد المعدة للبناء في المصنع، وأعمال ضبط المقاييس والبحث، وأساليب تقنيات الإنجاز<sup>433</sup>. وتتحقق هذه الرقابة بموجب اتفاقية تعقد بينها وبين صاحب المشروع، فتعين مهندس معماري لمتابعة أشغال التنفيذ.

وتتفياً لهذا الالتزام يتعين على المقاول الأصلي أن يحضر شخصياً إلى الورشة أو يفوض شخصاً آخر لذلك، ويحق له إصدار تعليمات وتوجيهات صريحة إلى المقاول من الباطن دون أن تصل إلى درجة التدخل في عمله، لأنه وكما أسلفنا فإن المقاول الفرعي يعمل بكل استقلالية وبدون تبعية للمقاول الأصلي.

ويلتزم المقاول الأصلي الذي قد يتعاقد مع أكثر من مقاول فرعي للقيام بإنجاز أعمال متنوعة، بالإشراف على التنسيق في ما بينهم حتى لا تتعارض أعمالهم، أو تتفد بشكل غير

---

<sup>432</sup> - المادة 4 و 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-55 المؤرخ في 30 يناير 2006، المذكور أعلاه.

<sup>433</sup> - المادة 3 من المرسوم رقم 86-205 المؤرخ في 19 غشت 1986 المتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء، ج. ر. 20 غشت 1986، العدد 34، ص. 1433. وتجدر الإشارة إلى أن إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء كان بموجب الأمر رقم 71-85 مكرر المؤرخ في 29 ديسمبر 1971.

متجانس، مما يؤثر على حسن تنفيذ المشروع. إذ يحرص المقاول الأصلي على تقديم العمل النهائي إلى صاحب المشروع على أحسن المواصفات والجودة المطلوبة، ولا يتحقق ذلك إلا إذا قام بمراقبة سير العمل ليتأكد من حسن تنفيذه.

### الفرع الرابع: التزام المقاول الأصلي بالسلامة وحفظ الصحة

لقد حدّد المشرع الجزائري<sup>434</sup> التدابير الخاصة في مجال الوقاية الصحية والأمن المطبقة في كل هيئة مستخدمة تابعة لقطاعات البناء. فالزم المهندسون المعماريون بإدراج تدابير الوقاية عند وضعهم لتصاميم المشاريع، وأن يبعدوا عن مشاريعهم كل ما يمكنه أن يقتضي استعمال طرق أو مواد تشكّل خطراً على أمن العمال وصحتهم.

وقد عرف في هذا المجال نظام خاص بالصحة والسلامة في الوسط المهني، وهو مجموعة من القواعد والإجراءات المتخذة من قبل المؤسسة، والموجهة للوقاية والتحكم من مخاطر حوادث العمل، والأمراض المهنية، وكذا تحسين ظروف العمل، وذلك وفق حلول تقنية وتنظيمية وبشرية. وهو نظام يطبق على جميع أنواع المؤسسات سواء كانت صناعية

---

<sup>434</sup>- تنص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 05-12 المؤرخ في 8 يناير 2005 المتعلق بالتدابير الخاصة بالوقاية الصحية والأمن المطبقة في قطاعات البناء والأشغال العمومية والري، ج. ر. 9 يناير 2005، العدد 4، ص. 29 على أنه: " تطبيقاً لأحكام المادة 45-2 من القانون رقم 88-07 المؤرخ في 7 جمادى الثانية عام 1408 الموافق 26 يناير سنة 1988 والمذكور أعلاه (المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل)، يحدد هذا المرسوم التدابير الخاصة في مجال الوقاية الصحية والأمن المطبقة في كل هيئة مستخدمة تابعة لقطاعات البناء والأشغال العمومية والري والنشاطات الملحقة بها التي يقوم فيها العمال، ولو بصفة عرضية، لاسيما بأشغال الدراسة والبناء والتركيب والهدم والصيانة والترميم والتنظيف". وراجع أيضاً المادتان 2 و3 من نفس المرسوم.

أو خدماتية<sup>435</sup>. ويهدف هذا النظام أساسا إلى ضمان صحة وأمن العمال، حتى تتحقق جودة المنتجات والخدمات المقدمة من قبل المقاول<sup>436</sup>.

وبالتالي، يتعين على كل هيئة مستخدمة تمارس نشاط تابع لقطاع البناء، أن تنشأ مصلحة للوقاية الصحية والأمن توضع تحت مسؤولية ورقابة المستخدمين الذين لهم التأهيل والخبرة في هذا المجال<sup>437</sup>. ولذلك ألزم المشرع على كل المؤسسات المدعوة للعمل في إحدى الورشات أن تقدم لصاحب المشروع مخططا للوقاية الصحية والأمن، وهو عبارة عن وثيقة تبين بطريقة تفصيلية كل الأشغال التي تنجزها المؤسسة<sup>438</sup>. وفرضت الأحكام القانونية المذكورة، في حالة وجود عدة مقاولات في نفس الورشة أن ينظم تنسيق في مجال الوقاية

---

<sup>435</sup>- قلوبش الطيب، المرجع السالف الذكر، ص. 122.

V. aussi, J. GASTI, *op. cit.*, p. 145.

<sup>436</sup>- H . LÉCUYER, S. DANNA et G. LESAGE, *Sous-traitance, op. cit.*, n° 08, p. 2819 : « Le règlement d'hygiène et de sécurité impose au donneur d'ordre et au sous-traitant une réglementation stricte pour prévenir les risques professionnels » et D. MAINGUY, *op. cit.*, n° 382, p. 303.

<sup>437</sup>- المادتان 4 و 6 من المرسوم التنفيذي رقم 05-11 المؤرخ في 8 يناير 2005، الذي يحدد شروط إنشاء مصلحة الوقاية الصحية والأمن في وسط العمل وتنظيمها وسيرها وكذا صلاحياتها، ج. ر. 9 يناير 2005، العدد 4، ص. 26.

<sup>438</sup>- المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 05-12، السالف الذكر، التي تنص على ما يلي: " يجب على المؤسسات المدعوة للعمل في إحدى الورشات المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه أن تسلّم صاحب المشروع مخططا للوقاية الصحية والأمن قبل أي تدخل في هذه الورشات. ويجب أن يعرض هذا المخطط أيضا بصفة مسبقة على ممثلي العمال وأطباء العمل في المؤسسات المعنية قصد إبداء الرأي فيه"، والمادة 9 من المرسوم المذكور تنص على ما يلي: " مخطط الوقاية الصحية والأمن وثيقة تبين، بصورة مفصلة، بالنسبة إلى كل الأشغال التي تنجزها المؤسسة: مباشرة أو عن طريق المناولة ما يأتي: -التدابير المقررة في طور تصور المشروع أو في مختلف مراحل تنفيذه لضمان أمن العمال بالنظر إلى تقنيات البناء المستخدمة وإلى تنظيم الورشة. - التدابير المقررة لضمان الإسعافات الأولية للمتعرضين إلى الحوادث وللمرضى. -التدابير المقررة لضمان الوقاية الصحية في أماكن العمل وفي الأماكن المخصصة للعمال".

الصحية والأمن، سواء أثناء تصور المشروع ودراسته، أو خلال مرحلة الإنجاز، وذلك من أجل تفادي الأخطار الناجمة عن تداخلاتها<sup>439</sup>.

وفي هذا الخصوص، أنشأ المشرع<sup>440</sup> هيئة الوقاية من الأخطار المهنية في قطاع البناء والأشغال العمومية والري، التي تتولى صلاحيات المساهمة في الوقاية من حوادث العمل وإجراء تحقيقات حولها، وهي عبارة عن مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، مقرها بمدينة الجزائر.

وعليه، يلتزم المقاول الأصلي بتوفير جميع وسائل السلامة والصحة المهنية في أماكن العمل بما يضمن الوقاية من مخاطر العمل وأضراره، إذ يعتبر ذلك من قبيل الحقوق المخولة للعامل<sup>441</sup>. على أن الالتزام بالسلامة وحفظ الصحة هو التزام لا يقع على عاتق المقاول الأصلي فحسب، بل حتى على المقاول الفرعي في حالة تشغيله لعمال من أجل

---

<sup>439</sup>- المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 05-12، السالف الذكر.

<sup>440</sup>- المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-223 المؤرخ في 21 يونيو 2006، المتضمن إنشاء هيئة الوقاية من الأخطار المهنية في نشاطات البناء والأشغال العمومية والري وصلاحياتها وتنظيمها وسيرها، ج. ر. 25 يونيو 2006، العدد 42، ص. 12 التي تنص على ما يلي: "تتولى الهيئة في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها، الصلاحيات الآتية: -المساهمة في ترقية الوقاية من حوادث العمل والأمراض المهنية في مؤسسات البناء والأشغال العمومية والري، -القيام بدراسات حول ظروف العمل، وتحليل الأسباب التقنية للأخطار المهنية، بالقيام بزيارات منتظمة لوحداث وورشات البناء والأشغال العمومية والري، -إجراء تحقيقات حول الحوادث الخطيرة أو المميتة، -حث الهيئات المستخدمة على القيام بمبادرات من أجل تكفل أحسن، بأمن وحماية الصحة في أساليب البناء، واستعمال منتجات ومواد البناء، -اقتراح على السلطات العمومية، التدابير الرامية إلى تحسين الأنظمة التقنية الخاصة بالأمن في نشاطات البناء والأشغال العمومية والري، -القيام بأعمال تهدف إلى إعلام واستشارة في مجال الوقاية في مؤسسات البناء والأشغال العمومية والري، وإبداء رأيها في المخططات الصحية والأمن والمساهمة في التكوين الرامي إلى تحقيق مستوى أحسن للصحة والأمن في العمل". والمادتان الأولى و 4 من نفس المرسوم.

<sup>441</sup>- المادة 5 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

تنفيذ العمل المتفق عليه<sup>442</sup>. ويلتزم المقاول الفرعي بأن يعمل على تنظيم مصلحة طبية بورشة العمل وفقا للنصوص المذكورة، وأن يضمن توفر وسائل الإسعافات وتقديم العلاج اللازم عند وقوع حادث عمل<sup>443</sup>.

## المطلب الثاني: التزام المقاول الأصلي بتسليم الأعمال محل عقد المقاولة من الباطن

بالرجوع إلى أحكام عقد المقاولة، يلاحظ بأن المشرع الجزائري جعل من الالتزام بتسليم العمل أحد الالتزامات القانونية التي تقع على عاتق صاحب المشروع، كما خصه بأهمية بالغة، إذ جعله فاصلا بين نوعين من المسؤولية وهي المسؤولية المدنية المقررة وفقا لأحكام الشريعة العامة، والتي تطبق قبل تسلم البناء. وأحكام المسؤولية الخاصة والتي تعرف بأحكام الضمان العشري، وتطبق أحكامها بعد تسلم العمل<sup>444</sup>. ولكن هل يرتب تسلم العمل من قبل المقاول الأصلي في عقد المقاولة من الباطن نفس الآثار التي ينتجها في عقد المقاولة الأصلي.

لدراسة هذا الموضوع، لابد من التطرق أولا إلى مفهوم التسلم (الفرع الأول)، ثم إلى الآثار الناجمة عنه (الفرع الثاني).

<sup>442</sup> - P. PUIG, *op. cit.*, n° 825, p. 461 : « *l'entrepreneur est tenu d'assurer la sécurité des clients qu'il reçoit dans ses locaux ou qu'il fait participer à sa prestation* ».

<sup>443</sup> - المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 05-12، السالف الذكر، التي تنص على ما يلي: "يلزم المستخدمون بالسهر على توفير وسائل الإسعافات الأولية والمستخدمين المكونين لهذا الغرض، ويجب اتخاذ تدابير لضمان نقل العمال ضحايا حادث عمل أو مرض مفاجئ لتلقي العلاج الطبي".

<sup>444</sup> - يسأل المقاول والمهندس المعماري بمقتضى أحكام الضمان العشري إذا توافرت شروطه، والتي تتمثل في ما يلي: أن يتعلّق الأمر بعملية تشييد أي أن تكون الأعمال من قبيل المباني والمنشآت الثابتة، وأن يظهر العيب أو التهدم خلال العشر سنوات من يوم تسلم المشروع، ويجب أن ترفع الدعوى خلال مدة معينة.

## الفرع الأول: مفهوم تسلّم الأعمال موضوع التعاقد من الباطن

يقع الالتزام بتسلّم العمل في عقد المقاولة من الباطن على عاتق المقاول الأصلي باعتباره في مركز صاحب المشروع في العلاقة العقدية الفرعية التي تربطه بالمقاول الفرعي، ولأهمية موضوع التسلم وما يترتب عليه من آثار في مجال مقاولات البناء، كان من الضروري التطرّق إلى تعريف التسلم مع تحديد طبيعته القانونية، وشروط تمامه.

### أولاً: تعريف تسلّم المشروع

تنص المادة 558 من القانون المدني الجزائري<sup>445</sup> على أنه " عندما يتم المقاول العمل ويضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جارٍ في المعاملات فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي أعتبر أن العمل قد سلّم إليه، ويتحمّل كل ما يترتب على ذلك من آثار".

يلاحظ من استقراء الأحكام القانونية المتعلقة بعقد المقاولة، بأن المشرع الجزائري لم يعرف تسلّم العمل في القانون المدني، وإنما نص على الالتزام به دون أن يبيّن مفهومه. وقد أشار إلى لفظ التسلم كمنطلق لسريان مدة الضمان العشري، التي تبدأ من يوم التسلم النهائي للمشروع، وهو ما يتطابق مع ما نصت عليه بعض التشريعات العربية المقارنة<sup>446</sup>. غير أن المشرع الجزائري أعطى تعريفاً لشكل خاص من أشكال التسلم وهو التسلم المؤقت للمشروع،

<sup>446</sup> - الفقرة 3 من الفصل 769 من قانون الالتزامات والعقود المغربي التي تنص على ما يلي: " تبدأ مدة العشر سنوات من يوم تسلّم المصنوع. ويلزم رفع الدعوى خلال الثلاثين يوماً التالية ليوم ظهور الواقعة الموجبة للضمان، وإلا كانت غير مقبولة". والمادة 655 من القانون المدني المصري.

وذلك بموجب المادة الثالثة من القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 الذي يحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، السالف الذكر، التي عرّفته بأنه " ذلك المحضر الذي يتم إعداده والتوقيع عليه بين المرقّي العقاري والمقاول بعد انتهاء الأشغال"<sup>447</sup>.

وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي فقد عرّف التسلم بأنه " ذلك العمل الذي عن طريقه يقر صاحب المشروع قبوله للعمل المنجز سواء بتحفّظ أو بدونه"<sup>448</sup>. ومن خلال هذا التعريف يكون المشرع الفرنسي قد وضع حداً للاختلافات الفقهية التي كانت بصدد الطبيعة القانونية لفعل التسلم، فيما إذا كان تصرفاً قانونياً أو واقعة قانونية. لما اعتبره تصرفاً قانونياً محضاً، وذلك بموجب النص المذكور. أما الفقه الفرنسي فلم يخرج في تعريفه للتسلم عن معناه التشريعي، إذ عرّفه جانب منه<sup>449</sup> بأنه " ذلك العمل الذي يتقبّل من خلاله صاحب المشروع العمل الذي قام به المقاول والمهندس المعماري مع إقراره بأنه قد تم صحيحاً مطابقاً لما هو متفق عليه". وقد اتفق البعض على اعتباره " تصرف قانوني من جانب واحد الذي يعني الإقرار الذي يقدمه صاحب المشروع على العمل المنجز"<sup>450</sup>.

---

<sup>447</sup>- المادة 3 البند 15 من القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، السالف الذكر، ويعرّف البند 14 من نفس المادة المرقّي العقاري كالاتي: " يعد مرقياً عقارياً، في مفهوم هذا القانون، كل شخص طبيعي أو معنوي، يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تأهيل، أو تجديد أو إعادة هيكلة، أو تدعيم بنايات تتطلّب أحد هذه التدخلات، أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها".

<sup>448</sup> - Art. 1792-6 al. 1 C. civ. fr.: « La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves. Elle intervient à la demande de la partie la plus diligente, soit à l'amiable, soit à défaut judiciairement. Elle est, en tout état de cause, prononcée contradictoirement ».

<sup>449</sup> - D. MAINGUY, *op. cit.*, n° 388, p. 307 : « La réception est un acte très important dans le contrat d'entreprise car la réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage constate le travail effectué et, surtout, reconnaît qu'il l'a été correctement » .

<sup>450</sup> - P. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 54; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 242, p. 26 et P. PUIG, *op. cit.*, n° 841, p. 465: « La réception est l'acte juridique unilatéral par lequel le maître de l'ouvrage approuve les travaux accomplis par l'entrepreneur, reconnaît la conformité de l'ouvrage réalisé à celui commandé et déclare l'accepter, avec ou sans réserves ».

V. aussi, F. LEFEBVRE, *op. cit.*, n° 3082, p. 455: « la réception -dite parfois « recette »- est entendue comme la mesure qui permet au client d'approuver le travail exécuté. Elle se déroule conformément aux prévisions des parties lorsque celles-ci en ont prévu les modalités ».

وعرف التسلم فقها بأنه " عملية حضورية موضوعها التحقق من اكتمال الأعمال ومن حسن تنفيذها طبقا لشروط الصفقة " <sup>451</sup>؛ كما هو " تعبير عن إرادة منفردة من قبل صاحب المشروع على حيازته للشيء المصنوع، وإقراره بأنه تم تنفيذه مطابقا لما هو متفق عليه " <sup>452</sup>. وهو أيضا " قبول الأعمال العقارية المنجزة بمعرفة المقاول الأصلي، أو هو بمثابة مخالصة يمنحها المقاول الأصلي للمقاول من الباطن عن التزاماته الناشئة عن عقد المقاولة العقاري من الباطن " <sup>453</sup>.

وقد ينفصل فعل التسليم عن فعل التسلم، فيتحقق التسليم بمجرد وضع المقاول العمل تحت تصرف صاحب المشروع بإخلائه الفعلي للأمكنة تمهيدا لعملية التسلم من طرف رب العمل. وهذا ما يستنتج من عبارة " وجب على هذا الأخير (رب العمل) أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن... " الواردة بنص المادة 558 من القانون المدني الجزائري، السالفة الذكر، إذ يسمح بحصول الإقرار في وقت آخر غير وقت حصول وضع اليد <sup>454</sup>. وبالتالي، فإن لفظ التسلم لا يعني التسليم فلكل مصطلح معنى خاص به، إلا أن العلاقة بينهما كعلاقة الأخذ بالعتاء، فلا يتم الأخذ بالتسلم بإرادة منفردة إلا بإرادة المقاول وموافقته على التسليم <sup>455</sup>.

---

<sup>451</sup>- سرور محمد شكري، المرجع السالف الذكر، ص. 143 وفاطمة متمرير، المسؤولية المعمارية للمقاول بين أزمة النص ومتطلبات الإصلاح، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون المدني، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، 2006-2007، ص. 98.

<sup>452</sup>- إبراهيم قضا، النظام القانوني لمسؤولية أجير صناعة البناء العشرية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون المدني، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، 2001-2002، ص. 198.

<sup>453</sup>- آمنة سميع، المقاولة من الباطن للصفقة، دراسة للمركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، 2008، ص. 117.

<sup>454</sup>- D. ZENNAKI, *L'impact de la réception de l'ouvrage sur la garantie des constructeurs immobiliers*, Rev. alg., v. 42, 2001, p. 34.

<sup>455</sup>- إبراهيم قضا، المرجع السالف الذكر، ص. 197.

ويتم التسلم في عقد المقاولة من الباطن مستقلا عن تسلم العمل في المقاولة الأصلية، إلا إذا اتفق الأطراف على تمامها في آن واحد. غير أن المقاول الأصلي في هذه الحالة يخاطر بعدم تقبل صاحب المشروع لكل أو لجزء من العمل المنجز من قبل المقاول الفرعي، مما يفتح مجال مساءلته من طرف رب العمل على أساس مسؤوليته عن أفعال المقاول الفرعي. وحينها لا يكون أمام المقاول الأصلي إلا استعمال حقّه في الرجوع على المقاول الفرعي في حدود مسؤوليته بعد تسليم المشروع<sup>456</sup>. هذا يعني بأنّ المقاول الفرعي مسؤول وفقا للقواعد العامة للمسؤولية العقدية، إلى حين قبول المقاول الأصلي للعمل المنجز، الذي يتم عند التسلم النهائي له، إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك<sup>457</sup>.

### ثانيا: الطبيعة القانونية للالتزام بتسلم المشروع

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لتسلم العمل في عقد المقاولة عموما، فاعتبره بعض الفقه مجرد واقعة قانونية. ورأى آخرون باعتباره تصرفا قانونيا انفراديا. ولدراسة الطبيعة القانونية للتسلم في المقاولات الفرعية، لابد من تحديد مفهوم الواقعة القانونية والتصرف القانوني، ثم أتطرق إلى مختلف الآراء الفقهية المحددة لطبيعة التسلم القانونية.

#### أ- مفهوم الواقعة القانونية والتصرف القانوني:

تقسم مصادر الالتزام في القانون الجزائري إلى فئتين، مصادر إرادية تتمثل في التصرف القانوني (*l'acte juridique*) ويضم العقد والإرادة المنفردة. ومصادر غير إرادية

---

<sup>456</sup> - B. LOUVEAUX, *op. cit.*, p. 31: « En l'absence de stipulation particulière, la réception des travaux réalisés par le sous-traitant a lieu en principe indépendamment de la réception de l'entreprise principale par le maître de l'ouvrage. La réception par l'entrepreneur général des ouvrages de son sous-traitant n'a aucune conséquence à l'égard du maître de l'ouvrage. Dans ce cas, l'entrepreneur principal risque cependant d'être confronté à une réelle difficulté si le maître de l'ouvrage refuse à juste titre les travaux et que ce refus est en tout ou en partie fondé sur des lacunes imputables au sous-traitant : en effet, l'entrepreneur principal ne pourra plus diriger de revendication contre ce dernier que dans les limites des responsabilités après réception ».

<sup>457</sup> - B. KOHL et M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *op. cit.*, p. 94: « le sous-traitant est dès lors responsable conformément au droit commun de la responsabilité contractuelle jusqu'à l'agrégation des travaux, laquelle se produit en principe lors de la réception définitive des travaux, sauf dérogation conventionnelle. Après la réception, il ne reste tenu que des défauts et malfaçons cachés au moment des opérations de réception ».

للاللتزام وتتمثل في الواقعة القانونية (*le fait juridique*) وتضم الفعل الضار والفعل النافع والقانون.

تعرف الواقعة القانونية عموماً بأنها " الحدث الذي يترتب عليه القانون أثراً بغض النظر عن أن تكون الإرادة قد اتجهت إلى إحداث هذا الأثر". على أن القانون لا يعتد في الواقعة القانونية إلاً بمجرد وقوعها، ولا يعتد بوجود أو عدم وجود الإرادة<sup>458</sup>. وتقسم الواقعة القانونية إلى واقعة طبيعية (*fait naturel*) كالميلاد أو الوفاة، أو القرابة، وواقعة مادية (*fait matériel*) التي تصدر من الإنسان سواء أكان ما يقوم به من فعل عمدياً، أم غير عمدي، وسواء كان فعلاً ضاراً أو فعلاً نافعاً.

وعلى خلاف الواقعة القانونية، فإن التصرف القانوني تتجه فيه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين. كما يقصد به عملية قانونية تتمثل في التعبير عن الإرادة قصد تحقيق نتيجة قانونية<sup>459</sup>، ومن ذلك يتضح أن معيار التمييز بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني يكمن في الدور الذي تلعبه الإرادة بالنسبة لكل منهما. كما يقسم التصرف القانوني إلى تصرف قانوني انفرادي، والذي يعرف بأنه عمل قانوني صادر من جانب واحد ينتج آثار قانونية مختلفة<sup>460</sup>، وإلى العقد الذي يعتبر أهم صورة من صور التصرف القانوني<sup>461</sup>.

---

<sup>458</sup>- محمد صبري السعدي، المرجع السالف الذكر، بند 20، ص. 33 وعبد الرزاق حسين يسين، المرجع السالف الذكر، ص. 168.

<sup>459</sup>- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السالف الذكر، بند 18، ص. 40 وعلي سليمان، المرجع السالف الذكر، بند 11، ص. 11.

<sup>460</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السالف الذكر، بند 906، ص. 1445.

<sup>461</sup>- عرفه المشرع بموجب المادة 54 ق. م. ج.، المعدلة، بأنه: " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

فهل يعتبر تسلّم العمل في المقاولات الفرعية واقعة قانونية، أم تصرفاً قانونياً، وإذا كيف على أساس التصرف القانوني هل يعد صادراً من جانب واحد، أم أنه تصرفاً صادراً من جانبين؟

## ب- الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية للتسليم

يتضح من التعاريف الفقهية السابقة، بأن الطبيعة القانونية للتسليم تتأرجح بين اعتباره تصرفاً قانونياً، وبين اعتباره واقعة قانونية.

### 1- تكييف التسليم على أساس الواقعة القانونية

يرى جانب من الفقه إلى أن تسلّم رب العمل للمشروع ليس سوى واقعة قانونية لا علاقة لها بالإرادة، بل هو واقعة مادية ووسيلة تثبت تسليم المشروع لرب العمل. وفي عقد المقابلة من الباطن فهو وسيلة تثبت إعطاء العمل للمقاول الأصلي، وبالتالي فإن التسليم لا يعفي المقاول الأصلي من المسؤولية في حالة عدم مطابقة ما نفذه من أعمال لما تعهد به في مواجهة صاحب المشروع<sup>462</sup>.

وبالتالي يركز أنصار هذا الرأي على الجانب المادي في عملية التسليم، وهو جانب وضع اليد على العمل المنجز واستلامه، ويستبعد الجانب الإرادي فيه. وقد انتقد البعض هذا الاتجاه كونه رأي غير مستقر، إذ أنه ينكر دور الإرادة عندما يوافق صاحب المشروع على تسلّم العمل، ويعترف بإرادة صاحب المشروع عندما يرفض التسليم، مع أن الإرادة هي ذاتها في كلا الموقفين<sup>463</sup>.

<sup>462</sup> - B. BOUBLI. *La responsabilité et l'assurance des architectes, des entrepreneurs et autres locateurs d'ouvrage*, Journal des notaires et des avocats, Paris, 1979, pp. 121 à 134.

نقلا عن آمنة سمیع، المرجع السالف الذكر، ص. 121.

<sup>463</sup> - عبد الرزاق حسين يسین، المرجع السالف الذكر، ص. 163.

## 2- تكييف التسلم على أساس التصرف القانوني:

اتجه جانب آخر من الفقه<sup>464</sup> إلى اعتبار تسلم رب العمل للمشروع تصرفاً قانونياً صادراً من إرادة منفردة، وهي إرادة صاحب المشروع وحده. أما في العقد الفرعي فهي إرادة المفاوض الأصلي باعتباره صاحب المشروع، فهو يعبر عن إرادته المنفردة عندما يوافق على هذه الأعمال بعد إنجازها وفقاً للمواصفات المطلوبة. ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى الفقرة الأولى من نص المادة 1792-6 من القانون المدني الفرنسي، السالفة الذكر، التي أضفت على التسلم صفة التصرف القانوني، بنصها على ما يلي: "التسلم هو العمل الذي بواسطته أو عن طريقه، يقر رب العمل بقبوله العمل المنجز بتحفظ أو بدونه". فقد اعتبر المشرع الفرنسي التسلم عملاً قانونياً، تتجه فيه إرادة رب العمل إلى إحداث آثار قانونية، ولم يرد في النص ذكر عبارة إرادة طرف آخر. وبذلك، فإن تسلم رب العمل للبناء هو تصرف قانوني انفرادي، يؤكد تنازله عن العيوب التي لاحظها في العمل، إذا لم يبد بشأنها لأي تحفظات. أما إذا لاحظ بعض العيوب وتحفظ عليها، فإن المفاوض الأصلي ملزم بإصلاحها. غير أن جانب من الفقه<sup>465</sup> اعتبر التسلم تصرفاً قانونياً صادراً من إرادة رب العمل في عقد المفاوضة المبرم بينه وبين مفاوض البناء. واعتبره التزاماً من طبيعة تعاقدية، يقوم به رب العمل في عقد المفاوضة والمفاوض الأصلي في عقد المفاوضة من الباطن، فهو غير صادر من إرادة منفردة، ولا من اتفاق مستقل عن عقد المفاوضة.

### ثالثاً: شروط تسلم المفاوض الأصلي للعمل

حتى تتم عملية تسلم العمل في مقاولات البناء عامة لا بد من توافر شروط موضوعية، وأخرى شكلية تتمثل في ما يلي:

#### أ- الشروط الموضوعية لتسلم العمل

<sup>464</sup> - J. GASTI, *op. cit.*, p. 150 et G. VERMELLE, *op. cit.*, 127.

<sup>465</sup> - عبد الرزاق حسين يسين، المرجع السالف الذكر، ص. 180.

إنّ الشروط الموضوعية لتسلّم العمل هي تلك التي ترد على محل عقد المقابلة الفرعية. فيجب أن يتم تسلّم العمل بعد تمام إنجازه، وأن يكون العمل متطابقاً مع ما تم التعاقد بشأنه، ومطابقاً لقواعد الفن وأصول الصنع.

### الشرط الأول: واجب إنجاز المقاول الفرعي للعمل محل عقد المقابلة من الباطن

يلتزم المقاول الفرعي الذي يرتبط بالمقاول الأصلي بعقد مقابلة من الباطن بتحقيق نتيجة تتمثل في إنجاز جزئي أو كلي للمشروع موضوع عقد المقابلة، فلا تبرأ ذمته إلا إذا تحققت هذه النتيجة، أو إذا أثبت السبب الأجنبي الذي حال دون تحققها.

كما أنّ إنجاز العمل يعد من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول الفرعي، كما رأينا، ولم يقصد المشرع به تنفيذ العمل فحسب، وإنما أيضاً إتمامه. وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 558 من القانون المدني، السالفة الذكر، بنصّها " عندما يتم المقاول العمل...". وقد قصد المشرع بإتمام إنجاز البناء " الإنجاز التام للهيكل والواجهات والشبكات والطرق على مختلف أنواعها، والتجهيزات التابعة لها"<sup>466</sup>. كما قصد بالإتمام الكامل للأشغال "رفع التحفظات التي تم إيدائها على إثر الاستلام المؤقت للأشغال، وإصلاح عيوب البناء الملاحظة وذلك قبل الاستلام النهائي للمشروع العقاري"<sup>467</sup>.

وتبعاً لذلك، حتى تتم عملية التسلم، يجب أن يكون المقاول الفرعي قد أتم العمل موضوع عقد المقابلة من الباطن، وانتهى منه كلية، بشكل يصبح مهياً لأن يتسلمه المقاول الأصلي حتى يسلمه هو الآخر إلى صاحب المشروع في الميعاد المحدد.

<sup>466</sup>- الفقرة 4 من المادة 2 من القانون رقم 08-15، السالف الذكر.

<sup>467</sup>- المادة 3 البند 12 من القانون رقم 11-04، السالف الذكر.

## الشرط الثاني: ضرورة مطابقة العمل المسلم لشروط العقد وأصول الفن

لا يكفي لتمام عملية التسلم إنجاز المقاول الفرعي للعمل، وإنما يجب أن يكون العمل المنجز مطابقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية، وكذا الاتفاقيات والاتفاقات التعاقدية. وعليه، يمكن تقسيم شرط المطابقة إلى ثلاثة أنواع هي:

### - المطابقة القانونية:

لا يكفي إتمام إنجاز العمل محل العقد، بل يجب مطابقته للمعايير والتقنيات المتطلّبة بموجب النصوص القانونية والتنظيمية السارية المفعول تطبيقاً للمادة السادسة من المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 18 مايو 1994<sup>468</sup> التي تلزم كافة المتعاملين في مجال البناء باستعمال جميع الوسائل الملائمة بترقية إنتاج معماري مطابق للقوانين والتنظيمات المعمول بها والمتخذة في هذا المجال. وهذا ما كانت ولا زالت تؤكدُه القوانين المنظمة للتهيئة العمرانية والترقية العقارية، حيث منعت المادة الخامسة من القانون رقم 11-04 السالف الذكر، تشييد أي مشروع عقاري متناقض مع مضمون مخططات التهيئة والعمران المصادق عليها قانوناً<sup>469</sup>. كما يجب في هذا المجال تطبيق أحكام النصوص التنظيمية المتعلقة بشهادات البناء والتعمير<sup>470</sup>.

---

<sup>468</sup>- المادة 6 من المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 18 ماي 1994، السالف الذكر، التي تنص على ما يلي: " يجب على الجماعات المحلية والإدارات المكلفة بالتعمير أن تقوم باستعمال جميع الوسائل الملائمة بترقية إنتاج معماري يطابق القوانين والتنظيمات المعمول بها والمتخذة في هذا المجال والخصوصيات الجهوية والمحلية".

<sup>469</sup>- المادة 5 من القانون رقم 11-04، السالف الذكر، التي تنص على ما يلي: " يخضع نشاط الترقية العقارية في مجال التصميم والتهيئة والبناء إلى القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء المحددة في التشريع المعمول به وكذا أحكام هذا القانون. لا يمكن تشييد أي مشروع عقاري يتناقض مع مضمون مخططات التهيئة والعمران المصادق عليها قانوناً" كما كانت تنص المادة 4 من القانون رقم 86-07 المؤرخ في 4 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية، ج. ر. 5 مارس 1986، ص. 350 (الملغى) على ما يلي: " تصمم عمليات الترقية العقارية وتتجز في إطار اختيارات التهيئة العمرانية، طبقاً لقواعد التعمير والجمال الفني وجمال المحيط والأولويات المقررة

## - المطابقة المادية للعمل

يلتزم المقاول الفرعي بتقديم المواد المستعملة في البناء، وفق الكمية والنوعية والأوصاف المحددة في العقد، وأن يهيئ البناية وفق الشروط المتفق عليها، وأن تكون صالحة للغرض المعد من أجله<sup>471</sup>. كما يجب أن يكون العمل المنجز متفقا لما تقضي به أصول الصناعة وقواعد الفن المعمول بها. فإذا لم تتحقق المطابقة على الشكل المذكور، يحق للمقاول الأصلي مسائلة المقاول الفرعي عن تقصيره في تنفيذ التزاماته المتعلقة بهذا المجال<sup>472</sup>.

## - المطابقة المستندية

يقصد بالمطابقة المستندية إرجاع المقاول للمستندات والرخص التي تتعلق بالعمل المنجز إلى صاحب المشروع، الذي سلمه إياها قبل تنفيذه للعمل<sup>473</sup>.

وتجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد حدد إجراءات تنفيذ التصريح بمطابقة البناءات بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-154 المؤرخ في 2 ماي 2009، إذ ألزم الملاك

---

في مخطط التنمية، وحسب النوعية والأهداف المسطرة في القوانين والتنظيمات المعمول بها، ثم نموذج البناءات المعتمدة في دفتر الشروط".

<sup>470</sup>- المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 25 يناير 2015 الذي يحدد كفايات تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج. ر. 12 فبراير 2015، العدد 07، ص. 4.

<sup>471</sup>- يقصد المشرع بالتهيئة " أشغال معالجة سطح الأراضي وتدعيم المنحدرات وغرس الأشجار ووضع أثاث حضري وإنجاز المساحات الخضراء وتشبيد السياج" أنظر الفقرة 11 من القانون رقم 08-15، السالف الذكر، كما يقصد بها أيضا " كل عملية إنجاز و/أو تهيئة شبكات التهيئة بما فيها الفضاءات المشتركة الخارجية" أنظر البند الثاني من المادة 3 من القانون رقم 11-04، السالف الذكر.

<sup>472</sup>- مازة حنان، النظام القانوني للتسلم في عقد مقاوله البناء، المقال السالف الذكر، ص. 206.

<sup>473</sup>- ابراهيم قضا، المرجع السالف الذكر، ص. 209.

وأصحاب المشاريع وكل المتدخلين الذين تعد بناياتهم غير متممة أو متممة ولم يحصل صاحبها على رخصة بناء، أن يصرحوا إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا بتحقيق مطابقة بناياتهم<sup>474</sup>. ويقصد بتحقيق مطابقة البناية الوثيقة الإدارية التي يتم من خلالها تسوية كل بناية تم إنجازها أو لم يتم، بالنظر للتشريع والتنظيم المتعلق بشغل الأراضي وقواعد التعبير<sup>475</sup>.

وقد نصت نفس الأحكام على أنه يثبت تحقيق مطابقة البنايات عن طريق الحصول على شهادة مطابقة مسلمة في إطار تطبيق أحكام القانون رقم 90-29 المؤرخ في أول ديسمبر 1990، المعدل والمتمم<sup>476</sup>. كما يمنع شغل أو استغلال أي بناية إلا بعد الحصول على شهادة المطابقة<sup>477</sup>. كما يلزم أعوان الدولة وأعوان البلدية المكلفون بالتعمير بالقيام بزيارة الأماكن من أجل معاينة حالات عدم المطابقة، وتحرر محاضر لهذا الشأن<sup>478</sup>.

### ب- الشروط الشكلية لتسلم العمل في المقاولات الفرعية

لم يحدد المشرع الجزائري شكلا معيناً يتم فيه تسليم العمل في عقد المقاول، وإنما ألزم صاحب المشروع -المقاول الأصلي في العقد الفرعي موضوع الدراسة- إلى تسلمه بعد إنجازهِ وإتمامه بصفة مطابقة لما اتفق عليه.

---

<sup>474</sup>- المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 09-154 المؤرخ في 2 ماي 2009 الذي يحدد إجراءات تنفيذ التصريح بمطابقة البنايات، السالف الذكر.

<sup>475</sup>- الفقرة 5 من القانون رقم 08-15، السالف الذكر.

<sup>476</sup>- قانون رقم 90-29 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج. ر. 2 ديسمبر 1990، العدد 52، ص. 1652 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 04-05 المؤرخ في 14 غشت 2004، ج. ر. 15 غشت 2004، العدد 51، ص. 12.

<sup>477</sup>- المادة 9 و10 من القانون رقم 08-15، السالف الذكر.

<sup>478</sup>- المادة 27 من القانون رقم 08-15، المذكور أعلاه.

غير أن الإشكال لا يطرح بخصوص المقاولات الصغيرة ذات القيمة المنخفضة والتي لا تحتاج إلى شكل رسمي، وإنما التساؤل يطرح بشأن المقاولات الضخمة التي جرى العمل على تسلمها عن طريق تحرير محضر يثبت حصول عملية التسلم. وهو ما سماه المشرع الجزائري بالاستلام المؤقت للبناءية في تشريع الترقية العقارية<sup>479</sup>، فهل يحزر نفس المحضر بالنسبة للعلاقة ما بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي؟

لقد جرى العمل في مقاولات البناء على أن تتم عملية التسليم والتسليم بحضور كل المتدخلين في عملية البناء، بما فيهم المقاول والمهندس المعماري والمراقب التقني المعتمدين من قبل صاحب المشروع للأخذ بتوجيهاتهم أثناء عملية التسلم. وبعد ذلك يوقع المحضر من طرف الحاضرين وتسلم نسخة منه إلى المقاول بعد ما يدفع إليه صاحب المشروع ما تبقى من مستحقاته. وبذلك تتم عملية التسلم وتنتج كافة آثارها القانونية.

أما في علاقة المقاول الأصلي بالمقاول الفرعي، فكما سبق الذكر، فإن المقاول الأصلي ليس بحاجة لحضور المتدخلين المذكورين أعلاه، لأنه مهني متخصص في ميدان البناء من جهة، وليسوا طرفا في عقد المقاول الفرعية من جهة أخرى. فلا يستدعيهم بل يتسلم العمل فرديا من قبل المقاول الفرعي. وجرى العرف على أن يتم هذا التسلم بناء على محضر يحزر ويوقع من قبل الأطراف.

#### رابعاً: الأشكال القانونية لتسليم العمل

يتخذ التسلم في عقد المقاول من الباطن أحد الأشكال التي يتم بها في عقد مقولة البناء الأصلي، فقد يكون صريحا أو ضمنيا، وقد يتم رضائيا أو قضائيا. وقد يكون مؤقتا أو نهائيا، أو يتم جزئيا أو كليا.

#### أ- التسلم الصريح للعمل محل عقد المقاول الفرعية

<sup>479</sup>- الفقرة 14 من المادة 3 من القانون رقم 11-04، السالف الذكر.

يتم التسلم في عقد المقاولة بتحرير المقاول محضر تسليم وتسلم، يسجل فيه تقبل العمل ويوقعه صاحب المشروع، وكافة المشاركين في العمل بما فيهم المهندس المعماري حتى يثبت قيامه بدوره في المقاولة. ويتم التسلم في عقد المقاولة من الباطن، عندما يقبل المقاول الأصلي العمل. ومن مصلحة المقاول الفرعي في هذه الحالة أن يهيئ له دليلاً كتابياً على تسليم العمل، فيحرر محضر يوقعه الطرفان.

ويكون التسلم الصريح للعمل موضوع العقد الفرعي، إما رضائياً بين أطرافه وهو الأصل، أو قضائياً عندما ينتقي عنصر الرضائية بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، كأن يرفض هذا الأخير تسليم العمل رغم إنجازه، أو تباطئه في تنفيذه.

### ب- التسلم الضمني للعمل محل عقد المقاولة الفرعية

بما أن التسلم من التصرفات الإرادية، فلا بد من الإفصاح عنه بأية وسيلة، فقد يقبل المقاول الأصلي العمل دون أن يبدي تحفظات بشأنه. وقد عرّف الفقه<sup>480</sup> التسلم الضمني بأنه " اتخاذ موقف معين لا تدع ظروف الحال معه شكاً في أنه يعبر عن إرادة واعية لمتخذه في تسلم العمل محل التعاقد وتقبله".

ولا يعد التسلم الضمني إلا تطبيقاً للقواعد العامة، إذ تقضي المادة 68 من القانون المدني بما يلي " إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب. ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه". على أنه لا يعتد بالسكوت، إلا إذا صاحبه وقائع يستخلص منها قبول العمل من قبل المقاول الأصلي. وبالتالي، فإن التسلم الضمني في مقاولات البناء يستخلص من بعض الوقائع التي لا تدع مجالاً للشك في اتجاه إرادة هذا الأخير إلى التسلم الضمني للعمل المنجز، ويكون كذلك منتجا لآثاره القانونية.

<sup>480</sup>- عبد الرزاق حسين يسين، المرجع السالف الذكر، ص. 231.

## ج- التسلم المؤقت للعمل محل عقد المقاولة الفرعية

لقد عرّف المشرع الجزائري الاستلام المؤقت للمشروع بأنه "المحضر الذي يتم إعداده والتوقيع عليه بين المرقي العقاري والمقاول بعد انتهاء الأشغال"<sup>481</sup>. وهو ما سماه البعض<sup>482</sup> بالتسليم الابتدائي أو الأولي، وقد عرفه جانب من الفقه<sup>483</sup> بأنه إفصاح رب العمل عن إرادته في تقبل العمل بصفة مؤقتة حتى يتم رفع كل أسباب التحفظات التي يشير إليها رب العمل في محضر التسليم والتسلم، وذلك بإصلاح كل العيوب المشار إليها. وبالتالي يقصد بالتسلم المؤقت للعمل تقبل صاحب المشروع للعمل ولكن بتحفظ تمهيدا للإلتزام الكامل للأشغال، والتي يقصد بها "استعادة أو إصلاح أجزاء من البناية وتتعلق بالأشغال الثانوية"<sup>484</sup>.

ولا يختلف مفهوم التسلم المؤقت في عقد المقاولة الفرعية عن التسلم المؤقت في عقد المقاولة الأصلي، إذ يمكن للمقاول الأصلي أن يتسلم العمل المنجز من قبل المقاول الفرعي مؤقتا إلى حين قيام هذا الأخير برفع التحفظات التي أشار إليها المقاول الأصلي. وقد ميز المشرع بين التسلم المؤقت والتسليم النهائي للمشروع بهدف احتساب مدد الضمانات القانونية التي قررها سواء في عقد المقاولة عامة أو في عقد الترقية العقارية خاصة، عندما يكون طرفا العقد المرقي العقاري، ومقاول البناء. ولكن لا يوجد ما يمنع من اشتراط هذه الأشكال من التسلم بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي إذا كانت طبيعة العمل أو عرف المهنة يقتضي ذلك.

<sup>481</sup>- الفقرة 14 من المادة 3 من القانون رقم 04-11، السالف الذكر.

<sup>482</sup>- جعلوك محمد علي عارف، أعمال المقاولات، المرجع السالف الذكر، ص. 78.

<sup>483</sup>- عبد الرزاق حسين يسين، المرجع السالف الذكر، ص. 241.

<sup>484</sup>- المادة 3 الفقرة 12 من القانون رقم 04-11، السالف الذكر.

#### د- التسلم النهائي للعمل محل عقد المقاولة الفرعية

لقد نص المشرع الجزائري صراحة على التسلم النهائي للعمل بموجب الفقرة الثانية من المادة 554 من القانون المدني، السالفة الذكر، وجعل مدة الضمان العشري تبدأ بتمامه. هذا ما يثبت أن تمام عملية التسلم في مقاولات البناء تتم على مرحلتين، يكون أولها تسلماً مؤقتاً يستمر عادة لمدة سنة، يعلن بعده عن التسلم النهائي للعمل، تبدأ بتمامه مدة الضمان العشري. بالتالي، بعد الإتمام الكامل للأشغال، برفع التحفظات المسجلة، كما سبق تبيانه، يحرر محضر يعلن فيه عن التسلم النهائي للعمل.

#### هـ- التسلم الكلي للعمل محل عقد المقاولة الفرعية

يكون التسلم كلياً إذا انصب على كل العمل الموكول إلى المقاول الفرعي، ويتم كذلك عندما يقضي الاتفاق على وجوب تمامه مرة واحدة، ولو كانت الأعمال تقبل التجزئة. وفي هذه الحالة لا يتم التسلم إلا إذا أنجزت كل الأعمال المكلف بها المقاول الفرعي.

#### و- التسلم الجزئي للعمل محل عقد المقاولة الفرعية

يتم التسلم جزئياً عندما يكون العمل المنفّذ من قبل المقاول الفرعي قابلاً للتجزئة، بحيث يكون تسلمه على مراحل، كما لو انصبت المقاولة من الباطن على مجموعة من المساكن بحيث يمكن تجزئة تسلمها، بحسب ما تم إنجازه<sup>485</sup>.

---

<sup>485</sup>- أنظر في هذا الموضوع، إبراهيم يوسف، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول (طبقاً للمادة 554 من القانون المدني الجزائري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 33، العدد 03، 1995، ص. 681.

## الفرع الثاني: الآثار القانونية لتسلم العمل في عقد المقاولة من الباطن

ينتج الالتزام بتسلم العمل في عقد المقاولة آثاره القانونية على عاتق طرفيه. غير أن الآثار التي ينتجها تسلّم العمل في عقد المقاولة من الباطن تختلف عن تلك التي تنتج عن المقاولة الأصلية التي تربط الماقل الأصلي بصاحب المشروع، الذي يسائله بمقتضى قواعد الضمان العشري المنصوص عليها بموجب المادة 554 من القانون المدني، الذي يبدأ سريانه من يوم التسلم النهائي للمشروع. أمّا الماقل الفرعي، فقد أعفي من هذه المسؤولية لأسباب تم ذكرها سابقاً، فما هي الآثار الناجمة عن تسلّم الماقل الأصلي للعمل في عقد المقاولة من الباطن؟

### أولاً: استحقاق الماقل الفرعي الباقي من الأجر

يعد الأجر ركناً جوهرياً في عقد المقاولة بصفة عامة، وفي عقد المقاولة من الباطن بصفة خاصة، إذ يعتبر الأجر سبباً للالتزام الماقل الفرعي، ومحل التزام الماقل الأصلي الذي هو في مركز صاحب المشروع في العقد الفرعي، فهو ملزم بدفع الأجر في التاريخ المتفق عليه، وفي حالة غياب الاتفاق حسب ما جرى عليه العرف.

غير أنه، وفي مجال المقاولات الكبيرة التي تحتاج إلى مصاريف ضخمة، كما هو الحال في مقاولات البناء، قد يقسم الأجر إلى أقساط تدفع على فترات متتالية، حسب الاتفاق. فالمبلغ المتبقي من الأجر هو الذي يكون مستحق الأداء عند تسلّم العمل من قبل الماقل الأصلي. فيستطيع الماقل من الباطن الامتناع عن التسليم إلى حين الوفاء بكامل مستحقاته، وإذا امتنع الماقل الأصلي عن الوفاء بقيمة المقاولة بدون مبرر شرعي، يعدّ مخالفاً بالتزامه العقدي، ويحق للماقل من الباطن استعمال حقه في المطالبة بالقيمة الإجمالية للأجر طبقاً للقواعد العامة. كما يحق له تسليم العمل والمطالبة بأجره من صاحب المشروع عن طريق ممارسة الدعوى المباشرة، على النحو المبين أعلاه.

## ثانياً: نقل حيازة العمل إلى المقاول الأصلي

تنتقل حيازة العمل إلى المقاول الأصلي، عن طريق وضع المقاول الفرعي للشيء المصنوع تحت تصرف المقاول الأصلي، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق<sup>486</sup>. وقياساً على أحكام عقد المقاولة الأصلية إذا امتنع المقاول الأصلي عن تسلّم العمل، وجب على المقاول الفرعي دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي. ونتيجة لذلك يعد المقاول الأصلي قد تسلّم العمل ويتحمّل ما ينتج عن ذلك من آثار<sup>487</sup>.

## ثالثاً: نقل عبء تبعه هلاك العمل المنجز

باستقراء النصوص القانونية المتعلقة بانقضاء عقد المقاولة<sup>488</sup>، يلاحظ بأن المشرع الجزائري قد نص على ثلاثة حالات لتحمل تبعه هلاك العقار، التي تكون إما بخطأ المقاول، أو بخطأ رب العمل أو بسبب فجائي، وذلك قبل أو بعد عملية تسلّم البناء. فما هي حالات تحمّل التبعه في عقد المقاولة من الباطن؟

## أ- تحمّل عبء تبعه هلاك العمل بسبب فجائي

تنص الفقرة الأولى من المادة 568 من القانون المدني على ما يلي "إذا هلك الشيء (العمل) بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين". لم تأت هذه المادة إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي تقتضي بانقضاء الالتزام باستحالة تنفيذه لسبب أجنبي عن

<sup>486</sup>- إبراهيم قضا، المرجع السالف الذكر، ص. 228.

على أن الحيازة كسند للملكية تختلف من المنقول إلى العقار، فإذا كانت الحيازة في المنقول سنداً للملكية، فإن حيازة العقار وحدها لا تكفي، بل لا بد أن تكون مصحوبة بأدلة أخرى.

<sup>487</sup>- المادة 558 ق. م. ج.

<sup>488</sup>- القسم الرابع من فصل عقد المقاولة من القانون المدني.

إرادة المدين<sup>489</sup>، وكذا لحالات انتفاء المسؤولية، وذلك بإثبات الحادث المفاجئ والقوة القاهرة<sup>490</sup>.

وتطبيقاً لذلك، إذا هلك العقار أو العمل المنجز من قبل المقاول من الباطن، لسبب فجائي وغير متوقع وقبل تسليمه إلى المقاول الأصلي. فإن المقاول من الباطن قياساً لنص المادة المذكورة، هو من يتحملّ التبعة. أما بعد تسليمه للعمل فإن المقاول الأصلي بصفته صاحب المشروع في عقد المقاولة الفرعية هو من يتحملّ تبعة الهلاك.

### ب- تحمّل عبء تبعة هلاك العمل بخطأ من المقاول الفرعي

تنص الفقرة الثانية من المادة 568 من القانون المدني على أنه "أما إذا كان المقاول قد أعذر بتسليم الشيء أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجعاً إلى خطئه، وجب عليه أن يعرض رب العمل".

تطبيقاً للنص القانوني فإن المقاول ملزم بتعويض رب العمل، إذا هلك العمل المنجز بفعل خطئه. ويمكن إسقاط هذا الحكم على المقاول من الباطن، فمتى كان هلاك العمل محل عقد المقاولة الفرعية الذي أنجزه قبل تسليمه بخطئه تحمّل تبعة ذلك، ووجب عليه التعويض. وكذا إذا أعذر المقاول الأصلي المقاول الفرعي بتسليمه العمل المنجز، وهلك قبل تسليمه، ففي هذه الحالة يتحملّ تبعة الهلاك حتى وإن لم يرتكب خطأ، لأنه أعذر بالتسليم ولم يستجيب، فعدم الاستجابة بعد الاعذار، يعد في حد ذاته خطأ موجباً للتعويض.

### ج- تحمّل عبء تبعة هلاك العمل بخطأ من المقاول الأصلي

<sup>489</sup> - المادة 307 ق. م. ج.

<sup>490</sup> - المادة 127 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

بالرجوع إلى الفقرة الثالثة من المادة 568 من القانون المدني، فإنها تنص على أنه " فإذا كان رب العمل هو الذي أعذر بأن يتسلم الشيء أو كان هلاك الشيء أو تلفه راجعا إلى خطأ منه أو إلى عيب في المادة التي قام بتوريدها كان هلاك المادة عليه وكان للمقاول الحق في الأجر وفي إصلاح الضرر عند الاقتضاء". بالتالي، إذا أعذر المقاول الفرعي المقاول الأصلي بأن يتسلم العمل، أو إذا كان هلاك العمل بسبب خطأ من المقاول الأصلي، أو بسبب عيب في المادة التي وردها إلى المقاول الفرعي، فإن تبعه الهلاك تقع على عاتق المقاول الأصلي باعتباره بمثابة رب العمل في المقابلة الفرعية. ويحق للمقاول الفرعي مطالبته بالأجر أو بما تبقى منه، وبتعويضه عن الضرر اللاحق به.

وتجب الإشارة، إلى أن تحمل تبعه الهلاك ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على أن يتحمل المقاول الأصلي تبعه الهلاك قبل تسلم العمل، أو أن يتفقوا على أن يتحمل المقاول الفرعي تبعه هلاك المادة الموردة من طرف المقاول الأصلي قبل تسلم العمل، أو أن يتحمل تبعه الهلاك لمدة معينة بعد تسلم العمل<sup>491</sup>.

#### رابعاً: نقل عبء الحراسة على العمل المنجز إلى المقاول الأصلي

كما جاء سالفاً، فإن تسلم المقاول الأصلي للعمل المنجز يمنحه الحق في حيازته من جهة، ويقع عليه واجب حراسته من جهة أخرى. وقد نص المشرع الجزائري بموجب المادة 138 من القانون المدني على ما يلي " كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير، والرقابة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء. ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة".

لقد رتب المشرع بموجب هذا النص، المسؤولية على كل شخص تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة. ويلاحظ بأن المشرع قد استلزم شرطين لاعتبار

<sup>491</sup>- عبد الرزاق حسين يسين، المرجع السالف الذكر، ص. 268.

المقاول مسؤولاً عن الضرر الذي يمكن أن ينجم عن أعمال البناء، هما الحراسة والقدرة على الاستعمال والتسيير والرقابة.

ويقصد الفقه<sup>492</sup> بحراسة البناء بأنها " مكنة السيطرة الفعلية عليه، بحيث يستطيع الشخص الذي له هذه المكنة، حفظه وصيانتته والقيام بكل ما من شأنه أن يضمن الرعاية والترميم من وقت لآخر".

تتعدّد حراسة البناء، كقاعدة عامة، إلى المقاول أثناء فترة التشييد وقبل تسليمه العمل المنجز إلى صاحب المشروع، فيعدّ المقاول المسؤول عن كل ما يحدث في الورشة أثناء هذه المرحلة. وبعد التسليم تنتقل حراسة المبنى إلى صاحب المشروع، وتنتقل معها ملكية المبنى وحيازته، وكذا كل المخاطر التي تتجم عن استعماله<sup>493</sup>.

أمّا في إطار المقاولات الفرعية، فتتعدّد حراسة البناء إلى المقاول من الباطن إذا كلف بإنجاز كل المشروع، فيعتبر حارساً للورشة خلال مرحلة تنفيذه للعقد الفرعي، أمّا إذا كلف بإنجاز جزء من العمل، فيعتبر حارساً عن الجزء الذي كلف بإنجازه، وبعد تسليم العمل إلى المقاول الأصلي، فيعتبر هذا الأخير هو حارس البناء إلى غاية تسليمه إلى صاحب المشروع.

#### خامساً: الإعفاء من العيوب الظاهرة على العمل المنجز

لم يعرف المشرع الجزائري العيوب الظاهرة في البناء، بل ذكر في المادة 554 من القانون المدني العيوب التي تهدد متانة وسلامة البناء المشيد، أي العيوب الخطيرة دون أن يميز بين العيوب الظاهرة والعيوب الخفية. ويقصد بالعيوب الظاهرة تلك العيوب التي يمكن للمقاول الأصلي اكتشافها عند فحصه للعمل المنجز وقت تسليمه من طرف المقاول الفرعي.

<sup>492</sup> - إبراهيم قضا، المرجع السالف الذكر، ص. 234.

<sup>493</sup> - F. LEFEBVRE, *op. cit.*, n° 3082, p. 458.

وعلى خلاف محضر التسليم والتسلم الذي يتحفظ من خلاله صاحب المشروع عن العيوب التي يلاحظها عند تسلمه للعمل في عقد المقاولة، فإنّ تسلّم المقاول الأصلي للعمل من المقاول الفرعي لا يخضع لهذه الإجراءات، إلا إذا اقتضى عرف المهنة ذلك. فإذا لاحظ المقاول الأصلي عيب في العمل، يمكنه مطالبة المقاول الفرعي بإصلاحه مباشرة دون انتظار انقضاء المهل المحددة والمتعلقة بعقد المقاولة، لأنه غير ملزم بها. وهذا ما نستخلصه من إعفاء المشرع المقاول من الباطن من أحكام الضمان المعماري، التي يخضع لها المقاول في عقد المقاولة الأصلية.

### المطلب الثالث: التزام المقاول الأصلي بدفع أجر المقاول من الباطن

يعتبر عقد المقاولة من عقود المعاوضة، الذي يأخذ فيه كل متعاقد مقابلا لما التزم به من المتعاقد الآخر، مما يجعله من العقود الملزمة للجانبين<sup>494</sup>. ويعد أجر المقاول عنصرا أساسيا والتزاما أصليا يقع على عاتق رب العمل في عقد المقاولة، وعلى عاتق المقاول الأصلي في عقد المقاولة من الباطن، بالرغم من عدم انتقاعه شخصيا بالعمل المنجز<sup>495</sup>.

لدراسة موضوع الأجر في عقد المقاولة من الباطن، لابد من الرجوع إلى النصوص المنظمة للأجر في عقد المقاولة التي أخضعت تحديده لاتفاق الأطراف المتعاقدة (الفرع الأول)، كما أورد المشرع استثناءات أجاز من خلالها تعديل الأجر المتفق عليه (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مضمون الالتزام بدفع الأجر

---

<sup>494</sup>- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السالف الذكر، بند26، ص.

<sup>495</sup> - J. GASTI, *op. cit.*, p. 139 : « Le contrat d'entreprise est un contrat conclu à titre onéreux. L'article 1710 du code civil mentionne en effet la rémunération de l'entrepreneur comme élément essentiel de l'opération, en précisant que l'entrepreneur s'engage à faire quelque chose moyennant le prix convenu ».

يتمثل الأجر في علاقات العمل عموماً في القيمة المالية التي يلتزم المستخدم بدفعها للعامل مقابل الجهد أو العمل الذي يقدمه<sup>496</sup>. أما في مقاولات البناء فهو المال الذي يلتزم بدفعه رب العمل للمقاول منجز الأعمال محل عقد المقاولة. وفي مجال التعاقد الفرعي فيمثل الأجر المقابل الذي يلتزم المقاول الأصلي بدفعه إلى المقاول من الباطن بسبب تنفيذه للأعمال التي اتفقا على إنجازها بموجب عقد المقاولة الفرعية.

وفي هذا الخصوص، ميز الفقه<sup>497</sup> بين فرضين، يتمثل الفرض الأول في حالة عدم اتفاق المقاول وصاحب المشروع على الأجر في عقد المقاولة المبرم بينهما، وفي هذه الحالة يبطل العقد، باعتبار أن الأجر هو المحل الذي يرد عليه التزام رب العمل. وبين حالة عدم الاتفاق على مقدار الأجر، إذ تكفل القانون في هذه الحالة بتحديد ذلك بموجب المادة 562 من القانون المدني بنصها على ما يلي " إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول".

أما في عقد المقاولة من الباطن، فإذا لم يتفق المتعاقدان على الأجر الواجب دفعه، بحيث يكون مجاني، كان العقد باطلاً، باعتباره من الأعمال التجارية التي يشترط أن تتم بمقابل وليس مجاناً. أما إذا لم يتفق المقاول الأصلي والمقاول الفرعي على مقدار الأجر وخلا العقد الفرعي من اتفاق صريح بشأنه، فيمكن تبني نفس الحكم المنصوص عليه في عقد المقاولة، وهو حكم المادة 562 من القانون المدني، السالفة الذكر، فيحدد حسب قيمة العمل المنجز ونفقات المقاول الفرعي.

---

<sup>496</sup>- بجاوي المدني، المرجع السالف الذكر، ص. 115.

V. aussi, L.-B. HAMDAN, *Evolution des fonctions sociales du salaire*, Rev. Laboratoire de droit social, faculté de droit, université d'Oran, n° 04, 2013, p. 13 : «*Le salaire constitue l'axe fondamental autour duquel s'est construit le droit du travail. Il est défini juridiquement comme la contre partie du travail accompli. Source essentielle de revenu pour le travailleur, le salaire est protégé par la loi et cette protection va déterminer ses fonctions ; la plus importante est la garantie d'un minimum de dignité de vie, que le salaire est censé procurer à son titulaire*».

<sup>497</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السالف الذكر،

بند 90، ص. 158.

بالتالي، يلتزم المقاول الأصلي بأداء الأجر المحدد اتفاقا بينه وبين المقاول من الباطن سواء في العقد أو باتفاق لاحق. ومن المنطقي أن يكون أجر هذا الأخير أقل من الأجر المستحق للمقاول الأصلي على صاحب المشروع، لأن الفرق يمثل الربح الذي يسعى المقاول الأصلي إلى تحقيقه<sup>498</sup>. وإذا لم يحدد الأجر اتفاقا فإن التحديد يصبح قضائيا، إذ يسترشد القاضي في تحديده إلى عنصرين هامين هما: قيمة العمل الذي أنجزه المقاول الفرعي، والنفقات التي صرفها في هذا الإنجاز. كما يلتزم المقاول الأصلي بدفع الأجر إلى المقاول الفرعي حتى وإن لم يقيم صاحب المشروع بأداء التزامه بدفع أجره. ويمكن أن يتفق المقاول الأصلي مع المقاول من الباطن على ربط تنفيذ التزامه هذا بوقت أداء صاحب المشروع لالتزامه بدفع كل مستحقات المقاول الأصلي. وهذا ما يسميه الفقه بمبدأ الشفافية، فإذا وافق المقاول الفرعي على الاتفاق، فلا يمكنه مطالبته بالوفاء قبل ذلك<sup>499</sup>.

على أن الالتزام بدفع الأجر باعتباره التزاما تعاقديا، تسري عليه القواعد العامة، إذ يلتزم صاحب المشروع بدفع الأجر في المكان والزمان المتفق عليهما في العقد، فإن لم يوجد اتفاق وجب دفعه في المكان الذي يقضي به العرف. فما الشأن بالنسبة لالتزام المقاول الأصلي بدفع أجر المقاول من الباطن؟

### أولا: زمان الوفاء بالأجر

---

<sup>498</sup>- يقصد الفقه بقيمة العمل طبيعته ومدى تشعبه، فقد يكون معقدا في حاجة إلى مهارة فنية معينة، وكميته والوقت الذي استغرقه المقاول في تنفيذه. وتشمل نفقات هذا الأخير أثمان المواد التي استخدمت في العمل، وأجور العمال. أنظر في هذا الموضوع أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، نفس المرجع وأمنة سميع، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن -دراسة مقارنة-، المرجع السالف الذكر، ص. 134.

<sup>499</sup> - B. LOUVEAUX, *op. cit.*, p. 27 : « On a souligné qu'en matière de paiement, le principe de transparence, c'est-à-dire la transposition systématique au sous-traité des conditions du marché principal, ne présente pas que des avantages pour le sous-traitant : en effet, se substituant intégralement à l'entrepreneur principal, pour ce qui concerne les travaux qui lui ont été confiés, le sous-traitant ne peut exiger le paiement que dans la mesure où l'entrepreneur principal en a lui-même été payé ».

بالرجوع إلى الأحكام العامة، تنص الفقرة الأولى من المادة 281 من القانون المدني على أنه " يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك". وبالرجوع إلى الأحكام المتعلقة بعقد المقاولة تنص المادة 559 من القانون المدني على ما يلي " تدفع الأجرة عند تسلم العمل، إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق خلاف ذلك". يلاحظ من استقراء النصين، بأن المشرع قد جعل زمن دفع الأجر في عقد المقاولة بوقت تسلم العمل من رب العمل. وباعتبار تسلم العمل هو بمثابة ترتيب الالتزام بدفع الأجر نهائياً في ذمة صاحب المشروع بصفته المدين، وجب عليه الوفاء بالأجر فوراً، إلا إذا وجد اتفاق أو اقتضى العرف خلاف ذلك.

وبالتالي، يلتزم المقاول الأصلي بدفع ثمن العمل محل التعاقد في الوقت المنفق عليه مع المقاول الفرعي<sup>500</sup>، وغالباً ما يتحدد هذا التاريخ بوقت إتمام العمل وتسليمه. وبذلك، يجب على المقاول الأصلي أن يدفع أجر العمل المنجز من قبل المقاول الفرعي كمبدأ عام عند تسلمه، ما لم يتفقاً على خلاف ذلك. ومما يمكن الاتفاق عليه بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، تأجيل دفع الأجر بعد فترة من تسلم العمل، أو إلى ما بعد حصول المقاول الأصلي على أجره من صاحب المشروع، غير أنه جرى العرف على تقديم تسبيقات دورية لصالح المقاول الفرعي، حسب نسبة تقدم الأشغال<sup>501</sup>.

### ثانياً: مكان دفع الأجر

بالرجوع إلى القواعد العامة، التي تحدد مكان الوفاء بالالتزام بوجه عام، فإن المادة 282 من القانون المدني نصت على ما يلي " إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات،

<sup>500</sup> - D. GIBIRILA, *op. cit.*, n° 88, p. 26 et D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 19, p. 4 :« En principe, le sous-traitant reçoit son paiement de l'entrepreneur principal. Le paiement doit intervenir quand les travaux sont effectués sauf clause contraire. Il peut être stipulé que le paiement du sous-traitant ne deviendra exigible que par le paiement de l'entrepreneur lui-même».

<sup>501</sup> - D. MAINGUY, *op. cit.*, n° 384, p. 305 :« la date de paiement du prix est généralement fixée à l'achèvement de la prestation et, même, après la réception des travaux par le maître d'ouvrage. Il est cependant, souvent prévu un fractionnement du paiement » et B. BOUBLI, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, n° 106, p. 19 :« Le paiement du prix intervient en principe à la livraison, mais les acomptes peuvent être versés en cours d'exécution... ».

وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة".

يستخلص من النص القانوني أن وجوب دفع الأجر ليس من النظام العام، وعليه يمكن أن يتفق الطرفان على مكان محدد لدفع الأجر. وعند غياب اتفاق، فيدفع الأجر في موطن المقاول الأصلي وقت استحقاقه، ومن الناحية العملية يدفع في مقر مؤسسته. على أنه، يلتزم المقاول الأصلي بصفة عامة باحترام كيفية دفع الأجر المتفق عليها في العقد. وكقاعدة عامة لا يجوز لرب العمل - المقاول الأصلي في العقد من الباطن - أن يدفع أجرا أقل مما اتفق عليه، لأن أية زيادة أو إنقاص في الأجر المحدد يجب أن يتم بالاتفاق عليها. ويجوز للمقاول الفرعي الحصول على تعويض عن الأضرار اللاحقة به جراء تأخر المقاول الأصلي بدفع الأجر أو تثبت سوء نيته في ذلك التأخر<sup>502</sup>.

غير أن المشرع الجزائري قد أورد حالات أجاز من خلالها تعديل الأجر بالزيادة أو النقصان دون الحاجة إلى اتفاق الأطراف.

### الفرع الثاني: حالات تعديل الأجر

ميزّ المشرع الجزائري بين نمطين للتقدير المالي للمشروع المنجز من قبل مقاول البناء في عقد المقاولة عموما. فإما أن يتم الاتفاق على الأجر بمقتضى مقايضة على أساس سعر الوحدة، وإما الاتفاق على أجر جزافي على أساس التصميم المتفق عليه. وهاذين النمطين قابلين للتطبيق في عقد المقاولة الفرعية.

### الحالة الأولى: الاتفاق على الأجر بمقتضى مقايضة على أساس سعر الوحدة

<sup>502</sup> - B. BOUBLI, *Contrat d'entreprise, préc.*

تستلزم المقايضة تحديد الثمن استنادا إلى العناصر التي اتفق عليها الأطراف منذ البداية<sup>503</sup>، حيث يكون حجم الأشغال الواجب انجازها محددًا بشكل تقديري على أساس الوحدة، وذلك حسب المتر مثلا بالنسبة لأعمال الصباغة والدهان، وحسب الطول والعرض بالنسبة لبناء الجدران<sup>504</sup>.

وفي هذا الموضوع، نصت المادة 560 من القانون المدني على أنه " إذا أبرم عقد بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة محسوسة وجب على المقاول أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبينا مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن. فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات. فإذا اقتضت الضرورة مجاوزة المقايضة لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة جسيمة جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال، مقدرة وفقا لشروط العقد، دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل".

تبعًا لذلك، يقع على عاتق المقاول الفرعي التقيد بالمقايضة المتفق عليها في العقد عند إبرامه<sup>505</sup>، فإذا اضطرت ظروف العمل إلى مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة محسوسة، ألزمه المشرع بإخطار رب العمل (المقاول الأصلي) بذلك مبينا مقدار ما توقعه من زيادة في الثمن، تحت طائلة سقوط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات. أما الفقرة الثانية من المادة فقد أجازت لصاحب المشروع إذا اقتضت الضرورة مجاوزة المقايضة لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة جسيمة، أن يتحلل من العقد بإرادته المنفردة، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من أعمال المقدرة في العقد ودون أن يعرضه عما فاتته من كسب لو أنه أتم

<sup>503</sup> - G. VERMELLE, *op. cit.*, p. 126.

<sup>504</sup> - آمنة سميع، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، نفس المرجع.

V. aussi, P. DUPONT- DELESTRAINT, *Droit civil, Principaux contrats*, Dalloz, 1988., p. 75.

<sup>505</sup> - F. LEFEBVRE, *op. cit.*, n° 3067, p. 454 : « Lorsque le prix a été fixé dans un devis, il doit être appliqué quoique le coût des pièces à utiliser n'ait pu être fixé par avance dès lors que le devis ne prévoit pas que ce coût sera à ajouter ».

العمل. ويمكن تطبيق نفس الحل بالنسبة للمقاول الأصلي، إذ يمكنه أن يتحلل من العقد بإرادته المنفردة مع إيفاء المقاول الفرعي بقيمة ما أنجزه من أعمال، وذلك إذا كانت مجاوزة المقايسة المتفق عليها مجاوزة جسيمة.

وبالتالي، يلاحظ بأنّ المشرع قد أقر بحق المقاول بزيادة الأجر وفقا لمضمون الفقرة الأولى من نص المادة المذكورة، وحق رب العمل في التحلل من العقد لذات السبب ولكن بتوافر الشروط التالية:

**الشرط الأول: أن يكون الأجر في المقابلة متفقا عليه بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة**

يتحدد الأجر المستحق للمقاول على أساس كمية الأعمال التي تمت فعلا، وليس على أساس كمية الأعمال المبينة في العقد. وعليه، إذا لم يتفق على مقدار الأجر أصلا، أو تم الاتفاق عليه، ولكن كان أجرا إجماليا على أساس تصميم معين، فإنّ نص المادة 560 السالف الذكر لا يطبق<sup>506</sup>.

**الشرط الثاني: مجاوزة المقايسة المقدرة في العقد مجاوزة محسوسة**

---

<sup>506</sup>- توفيق زيداني، المرجع السالف الذكر، ص. 65.

إنّ المقصود بمجاوزة المقايسة المقدرة في العقد، مجاوزة كميات الأعمال المقدرة وليس مجاوزة أسعارها. مثلاً إذا رأى المقاول عند حفر الأساس أنه يجب تعميقه أكثر مما قدر في المقايسة، فتلك هي المجاوزة المحسوسة والضرورية لتنفيذ التصميم<sup>507</sup>.

### الشرط الثالث: أن يخطر المقاول رب العمل بالزيادة المحسوسة حال تبينها له

لتطبيق أحكام المادة 560 السالفة الذكر، يتوجب على المقاول اخطار رب العمل في الحال، فإذا لم يخطر المقاول رب العمل بالمجازرة، أو لم يذكر في الإخطار مقدار ما يتوقعه من الزيادة سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات. والقول ذاته ينطبق على المقاول الفرعي في إخطاره للمقاول الأصلي. غير أن النص القانوني أورد فرضين يجب التمييز بينهما، وهي المجاوزة المحسوسة والمجازرة الجسيمة:

#### أ- المجاوزة المحسوسة:

يقصد بالمجازرة المحسوسة للمقايسة تلك المجاوزة غير الجسيمة، فإذا تحققت أثناء تنفيذ المقاول الفرعي للعمل، فلا يجوز للمقاول الأصلي التحلل من العقد بسببها، وإنما وجب زيادة الأجر بما يتناسب مع هذه المجاوزة.

#### ب- المجاوزة الجسيمة:

يرى الفقه<sup>508</sup> إذا كانت المجاوزة التي يقتضيها التصميم جسيمة، كان للمقاول الأصلي الاختيار بين أمرين:

- إما أن يبقى مرتبطاً بالعقد ويطلب من المقاول الفرعي إتمام العمل، وفي هذه الحالة يلتزم بدفع ما يزيد عن الأجر المتفق عليه، بحسب ما يتناسب مع المجاوزة الجسيمة.

<sup>507</sup>- قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السالف الذكر، ص. 203.

<sup>508</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السالف الذكر، بند 95، ص. 164.

- إما أن يتحلل المقاول الأصلي من العقد، ويطلب من المقاول الفرعي وقف العمل. ويلتزم الأول في هذه الحالة بدفع قيمة ما أنجزه المقاول الفرعي من أعمال، بصرف النظر عما كان باستطاعته تحقيقه من كسب لو أتم العمل.

### الحالة الثانية: الاتفاق على أجر جزافي على أساس تصميم معين

يعد الأجر الجزافي التقنية الأكثر بساطة، إذ يركز على تحديد الأجر سلفا بطريقة نهائية بحيث لا يمكن تغييره، مما يفرض من جهة أن يكون المبلغ نهائيا ومحددا، ومن جهة أخرى أن تكون طبيعة ونطاق الأعمال الخاصة بها غير محددين<sup>509</sup>. وبهذا الخصوص، نصت المادة 561 من القانون المدني<sup>510</sup> على أنه "إذا أبرم العقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل فليس للمقاول أن يطلب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على أجره. ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة. على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد".

تبعا لذلك، يتم في هذه الحالة التقدير المالي للعمل المنجز على أساس التصميم المتفق عليه. وبخصوص هذا النمط من الاتفاق، فقد قرر المشرع بشأنه قاعدة عامة

<sup>509</sup>- آمنة سميع، نفس المرجع.

V. aussi, G. VERMELLE, *préc* et P. DUPONT- DELESTRAINT, *préc*.

<sup>510</sup>- على أن المشرع المصري يسمي الأجر الجزافي بالأجر الإجمالي، أنظر المادة 658 من القانون المدني المصري "إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم...". أما المشرع المغربي فقد نص في الفصل 777 من ظهير الالتزامات والعقود على أنه " لا يسوغ لمن التزم بإجراء عمل في مقابل ثمن محدد وفقا لتصميم أو تقويم أجرهما أو قبلهما أن يطلب زيادة في الثمن إلا إذا كانت النفقات قد زادت بفعل رب العمل وكان هذا الأخير قد أذن صراحة في إجراء تلك الزيادات في النفقات. وكل ذلك ما لم يتفق الطرفان على خلافه".

مقتضاها أنه لا يجوز للمقاول المطالبة بأية زيادة في الأجر، ولو أحدث في هذا التصميم أي تعديل أو إضافة. وهذا ما يتطابق مع موقف المشرع الفرنسي<sup>511</sup> بمنعه كل من المقاول والمهندس المعماري اللذان التزما بمقتضى أجر جزافي بإنجاز تصميم محدد ومتفق عليه مع صاحب المشروع، من أن يطالبا بأية زيادة في الأجر ما لم تكن هذه التغييرات والزيادات مأذونا بها كتابة من طرف المستفيد<sup>512</sup>.

والملاحظ، بأن كل من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي نصا على قاعدة عامة مقتضاها عدم تعديل الأجر المتفق عليه إلا بإذن كتابي من طرف صاحب المشروع، ولا يتسنى ذلك إلا بتوافر الشروط التالية:

**الشرط الأول:** أن يكون الأجر قد حدد بمبلغ جزافي وإجمالي لا يزيد ولا ينقص، غير أن هذا الشرط يخص المقاولات الأصلية التي يكون طرفاها مقاول بناء ورب عمل غير خبير بأعمال البناء في الغالب. أما في المقاولات الفرعية فلا تستلزم هذا الشرط لأنه وكما أسلفنا فهي عقود مبرمة بين مهنيين متخصصين وعلى دراية بالمتغيرات التي قد تطرأ أثناء تنفيذ المشروع.

**الشرط الثاني:** أن تتضمن المقابلة تصميمًا متفقا عليه حتى تتبين حدود العمل بشكل واضح ونهائي.

**الشرط الثالث:** أن يوافق رب العمل كتابيا على التعديل في التصميم والزيادة في الأجر، ما لم يكن العقد الأصلي مبرم شفاهة.

---

<sup>511</sup> - Art. 1793 C. civ. fr. : « Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, ni ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire ».

<sup>512</sup> - F. LEFEBVRE, *op. cit.*, n° 3067, p. 454: « Lorsque le prix est forfaitaire, les travaux supplémentaires ne peuvent être facturés que si le prestataire de services établit que le bénéficiaire des prestations les a acceptés ou que ces travaux ont constitué un bouleversement de l'économie du contrat, ... ».

الشرط الرابع: أن يكون عقد المقاولة مبرما بين صاحب المشروع<sup>513</sup> والمقاول الأصلي.

وفي هذا الخصوص يطرح الإشكال التالي، إذا ما تم تحديد الأجر في المقاولة الفرعية على أساس جزافي، هل تطبق المادة 561 من القانون المدني في العلاقة التعاقدية التي تربط المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن، وبالتالي هل يمكن تعديل الأجر المتفق عليه بناء على الإذن الصريح من المقاول الأصلي باعتباره في مركز صاحب المشروع في العلاقة التعاقدية؟

أمام عدم تحديد المشرع لكيفيات تحديد أجر المقاول الفرعي، والملزم بأدائه له المقاول الأصلي، فيتوجب إتباع الاتفاق الذي يجمع الطرفين سواء في عقد المقاولة الفرعية أو في الاتفاقات المعدلة له أو الملحقة به. وفي حالة غياب أحكام اتفاقية، ونادرا ما تتحقق هذه الحالة نظرا لأهمية مسألة الأجر في عقد المقاولة، فيجب الرجوع إلى الأعراف المنظمة لمهنة مقاولاتية البناء. وسواء تمّ تحديد الأجر بالاتفاق أو بإتباع العرف، فكثيرا ما يعتمد أطراف عقد المقاولة الفرعية على أساليب تحديد الأجر المتبعة في عقد المقاولة الأصلي والمنصوص عليها قانونا، أي الأجر بمقايضة على أساس الوحدة أو الأجر الجزافي على أساس التصميم المنصوص عليهما في المادتين 560 و 561 من القانون المدني، على التوالي. ويرجع سبب إتباع هذه الأحكام إلى اعتبارين اثنين: يتعلّق الاعتبار الأول في أنه في حالة غياب أحكام تنظم علاقة المقاول الأصلي بالمقاول الفرعي، فلا مانع من الرجوع إلى الأحكام المنصوص عليها في عقد المقاولة عامة، إلا ما كان يتعلّق منها بالنظام العام. أما الاعتبار الثاني، فهو يتعلّق في أساس تحديد الأجر بالمقايضة أو جزافيا، الذي يعد أساسا عرفيا، إذ يتبع المقاولين هاذين الأسلوبين في تحديد الأجر، نظرا لتطابقهما مع الأعراف المهنية، فلا مانع من تطبيق نص المادة 561 على غرار نص المادة 560 من القانون

<sup>513</sup>- على أن المشرع الفرنسي اشترط ملكية صاحب المشروع للأرض.

المدني. غير أن المادة 561 المذكورة، قد أقرت استثناءين على القاعدة المذكورة والتي تقضي بعدم جواز المطالبة بأية زيادة في الأجر وهما:

**الاستثناء الأول: أن يكون تعديل التصميم المتفق عليه بسبب خطأ صاحب المشروع أو بناء على اتفاق معه**

كما أسلفنا، فإن الفقرة الأولى من المادة 561 من القانون المدني لا تجيز زيادة الأجر الجزافي المتفق عليه ولو أجريت تعديلات أو إضافات في التصميم، إلا في حالة خطأ صاحب المشروع أو بإذن منه، واتفق مع المقاول على أجره. بمعنى أنه إذا حدث في التصميم تعديل أو إضافة، وكان ذلك راجعا إلى خطأ رب العمل تحمل هذا الأخير التكاليف التي يتطلبها التعديل.

كذلك يرجع المقاول بالزيادة في الأجر إذا أذن صاحب المشروع له بإحداث تعديل أو إضافة في التصميم، واتفق معه على مقدار الأجر الزائد، بشرط أن يكون الاتفاق كتابي إلا إذا تم العقد الأصلي شفاهة. وهذا ما أقرته الفقرة الثانية من المادة المذكورة حيث نصت على ما يلي: "ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه شفاهة". وهذا ما قضت به الغرفة المدنية للمحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 18 جوان 1997<sup>514</sup> ما يلي: "ولما كان ثابتا أن قضاة الموضوع بقضائهم على الطاعنة بدفع مبلغ إضافي نظرا لتوسيع تلك الأشغال المتفق عليها في العقد الأصلي، في حين كان لزاما على المقاول عند توسيع تلك الأشغال في وقت لاحق أن يدرجها كتابة حسب العقد الأصلي، ومن ثم فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا قد خالفوا حكم القانون".

**الاستثناء الثاني: انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات رب العمل والمقاول**

بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن المشرع الجزائري قد أقر مبدأ عاما لنظرية الظروف الطارئة، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني على ما يلي:

<sup>514</sup>- المجلة القضائية، العدد الأول، 1999، ص. 21.

" غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وبالرجوع إلى الأحكام المتعلقة بعقد المقاولة يوجد تطبيق خاص لهذه النظرية وذلك في الفقرة الثالثة من المادة 561 من القانون المدني حيث نصت على أنه: " على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد".

وفي هذا الإطار قد ميز الفقه بين التطبيق العام والتطبيق الخاص لنظرية الظروف الطارئة، من حيث الجزاء. إذ أنه في المبدأ العام المنصوص عليه في المادة 107 يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، تبعا للظروف. أما في عقد المقاولة فإنه يجوز للقاضي فضلا عن الحكم بزيادة الأجر، أن يحكم بفسخ عقد المقاولة، وهذا غير جائز في النظرية العامة للظروف الطارئة<sup>515</sup>.

على أنه يشترط لجواز زيادة أجر المقاول في عقد المقاولة، توافر شرطان أساسيان هما:

**الشرط الأول:** أن ينهار التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين، فتصبح التزامات المقاول مرهقة وتهدده بخسارة فادحة بسبب تلك الحوادث الطارئة.

**الشرط الثاني:** أن يكون هذا الانهيار بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد. ويقصد بالحوادث الاستثنائية الحادث غير المألوف لكونه نادر الوقوع،

---

<sup>515</sup> - أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السالف الذكر، بند 104، ص. 184.

فهو حادث لا يقع في ظروف عادية. أما الحادث العام فهو الحادث الذي يمس كافة الناس أو على الأقل فئة منهم، وليس خاص بالمقاول وحده<sup>516</sup>.

على أن تقدير انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات الأطراف يرجع إلى قاضي الموضوع مسترشدا بظروف كل قضية. فإذا توفر الشرطان جاز للمقاول أن يطلب زيادة الأجر اتفاقا مع رب العمل أو باللجوء إلى القضاء طالبا الحكم بها.

وبعد دراسة التزامات كل طرف من أطراف التعاقد الفرعي في مقاولات البناء، يكون لزاما تبيان الجزاء المترتب عن الإخلال بأحكام التعاقد من الباطن في عقد المقاول.

## الفصل الثاني:

**جزاء مخالفة أحكام التعاقد من الباطن: المسؤولية المدنية**

**للمقاول من الباطن تجاه أطراف المشروع**

يترتب على إبرام أي عقد بصفة عامة، إنشاء التزامات تقع على عاتق كل من طرفيه، فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية، يمكن للمتعاقد الآخر إجباره على

---

<sup>516</sup>- كالحروب أو الفيضانات والزلازل، أنظر توفيق زيداني، المرجع السالف الذكر، ص. 72.

التنفيذ. ويعد إنجاز العمل في عقد المقاولة من الباطن من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول الفرعي، الذي تعاقد مع المقاول الأصلي من أجل تنفيذ العمل موضوع عقد المقاولة أو جزء منه، لما يتمتع به المقاول الفرعي من كفاءة وخبرة في العمل موضوع التعاقد الفرعي.

وبما أن المقاول من الباطن يرتبط بالمقاول الأصلي بعقد مقاولة فرعية ، فإنه مسؤول تجاهه مسؤولية عقدية محضة (المبحث الأول). على أن المقاول الأصلي يبقى مسؤولاً مسؤولية عقدية تجاه صاحب المشروع عن الأخطاء المرتكبة من قبل المقاولين الفرعيين الذين يعتبرون من الغير بالنسبة إلى صاحب المشروع. وبالتالي، وفي حالة ارتكاب المقاول الفرعي لفعل غير مشروع، فإنه يسأل تجاه صاحب المشروع بمقتضى أحكام المسؤولية التقصيرية (المبحث الثاني).

### **المبحث الأول: مسؤولية المقاول الفرعي تجاه المقاول الأصلي**

إن الإخلال بالعلاقة التعاقدية الرابطة بين المقاول الفرعي والمقاول الأصلي، يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية، والتي تخضع للقواعد العامة لأحكام مسؤولية مقاول البناء في عقد المقاولة، على أساس العقد الفرعي المبرم بينهما. وتقتضي هذه الدراسة البحث عن طبيعة مسؤولية المقاول الفرعي في مقاولات البناء، وذلك بالتعرف عن المقصود بالمسؤولية العقدية للمقاول من الباطن (المطلب الأول)، ثم عن شروط قيامها (المطلب الثاني).

#### **المطلب الأول: المقصود بالمسؤولية العقدية للمقاول من الباطن**

إن إقرار المسؤولية العقدية في نطاق عقد المقاولة الفرعية ناتج عن وجود علاقة تعاقدية بين المقاول الأصلي وصاحب المشروع من جهة، وعلاقة تعاقدية أخرى بين المقاول الفرعي والمقاول الأصلي من جهة ثانية. كما أن التعاقد الفرعي وحرية المقاول الأصلي في اختيار شخص آخر من أجل تنفيذ جزء أو كل العمل المكلف به من قبل صاحب المشروع، لا يعفيه من قيام مسؤوليته العقدية تجاه هذا الأخير، إذ يبقى المقاول مسؤولاً تجاهه عن

مجموع الأعمال المكلف بإنجازها، بموجب عقد المقاولة الأصلي، وعن الأعمال التي عهد إلى المقاول من الباطن بتنفيذها، ويتحمل هذا الأخير أيضا المسؤولية تجاه الغير عن هذه الأعمال، إذ يسأل عن تقصيره شخصيا<sup>517</sup>.

بالتالي، فإن الأضرار التي يسببها المقاول من الباطن والتي تصيب المقاول الأصلي تكون ذات مصدر تعاقدية، ناتج عن إخلال المقاول الفرعي بالتزاماته العقدية التي يفرضها عليه عقد المقاولة من الباطن<sup>518</sup>. وفي هذا السياق، يجد مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"<sup>519</sup> ميدانا واسعا للتطبيق، وأي إخلال بالتزامات المفروضة على المقاول الفرعي يعرضه لأحكام المسؤولية العقدية.

يعرف الفقه<sup>520</sup> المسؤولية العقدية بأنها "جزاء الإخلال بالتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها"، وهي "التي تترتب على الإخلال بالتزام مترتب عن عقد صحيح". ولا تقوم

---

<sup>517</sup> - J.-P. BABANDO, *op. cit.*, n° 478, p. 159 : « Si l'entrepreneur principal est responsable envers le maître de l'ouvrage au titre du marché, de l'ensemble des travaux, y compris ceux confiés à son sous-traitant, celui-ci assume personnellement sa responsabilité envers les tiers » et J.-P. KARILA, *Sous-traitance, Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, Paiement du sous-traitant, Sous-traitance et responsabilités, op. cit.*, n° 107, p. 36 : « Le principe de la liberté de faire exécuter tout ou partie des prestations à lui confiées par le maître de l'ouvrage ne décharge pas l'entrepreneur principal de ses obligations à l'égard de celui-ci ».

<sup>518</sup> - A. ZAHI, *op. cit.*, p. 595 : « La source de cette responsabilité contractuelle est l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat » et B. LOUVEAUX, *op. cit.*, p. 36 : « Lorsqu'un sous-traitant commet une faute dans l'exécution de son contrat, il engage uniquement sa responsabilité contractuelle à l'égard de l'entrepreneur ».

<sup>519</sup> - المادة 106 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

<sup>520</sup> - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السالف الذكر، بند 201، ص. 264، وعلي سليمان، المرجع السالف الذكر، بند 91، ص. 113 و صبري السعدي، المرجع السالف الذكر، بند 320، ص. 327.

V. aussi, D. GIBIRILA, *op. cit.*, n° 57, p.16 : « La responsabilité de l'entrepreneur envers le maître de l'ouvrage est normalement d'ordre contractuel, mais elle peut exceptionnellement revêtir un aspect délictuel. S'agissant de la responsabilité ordinaire, non régie par les articles 1792 et suivants et 2270 du code civil relatifs aux constructions immobilières, obéissent au droit commun de la responsabilité contractuelle :- tous les contrats relatifs aux louage d'ouvrage de caractère mobilier.- les ouvrages immobiliers, pour toute les fautes non soumises à la responsabilité dite des constructions, comme le retard dans l'exécution du contrat ou le refus d'exécution du contrat ».

هذه المسؤولية إلا عند استحالة التنفيذ العيني، ولم يكن من الممكن إجبار المدين على الوفاء بالتزاماته المتولدة عن العقد عينا، فيكون المدين مسؤولا عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة عدم الوفاء بالتزامات العقدية أو التأخر في تنفيذها. وقد عرفت المسؤولية العقدية أيضا بأنها " الجزء الذي يترتب على عدم تنفيذ المتعاقد لما التزم به، أو هي مجازاة المدين عن عدم تنفيذ التزامه الناشئ عن العقد، وهي لا تتضمن إنشاء التزام جديد وإنما هي أثر لالتزام قائم من قبل، فهي لا تزيد على أن تكون تنفيذا بمقابل للالتزام الثابت في ذمة المدين"<sup>521</sup>. وتجدر الإشارة إلى أن المقصود بالعقد في هذه المسؤولية هو عقد المقاول من الباطن، ولا يلتزم بالضرورة أن يكون الالتزام الذي حصل الإخلال به منصوبا عليه صراحة في العقد، وإنما قد يكون مما تقتضيه العلاقة التعاقدية الرابطة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن كالتزام بتقديم النصيحة مثلا<sup>522</sup>.

يمكن القول بأن تحديد المقصود من المسؤولية العقدية كجزء لعدم تنفيذ الالتزامات المتفق عليها في العقد يرجع إلى فكرة الضمان، إذ يرى جانب من الفقه<sup>523</sup> بأن للمسؤولية المدنية وظيفة مزدوجة، فهي من جهة ترتب الالتزام بالضمان على من أحدث ضررا يمس سلامة الشخص بصفة عامة والمتعاقد بصفة خاصة، ومن جهة أخرى، ترتب جزاء خاصا

---

<sup>521</sup>- آمنة سميع، المقاول من الباطن للصفحة دراسة للمركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، المرجع السالف الذكر، ص. 176.

<sup>522</sup>- عبد القادر العرعاري، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري بالمغرب، المرجع السالف الذكر، بند 189، ص. 224.

V. aussi, J.-P. KARILA, *Les responsabilités des constructeurs*, op. cit., p. 73: « Le sous-traitant est tenu à l'égard de l'entrepreneur principal d'une obligation de conseil s'il a une « compétence toute particulière » qui s'étend aux travaux que l'entrepreneur principal s'était réservés et qui constituaient le support de ceux que devait exécuter le sous-traitant spécialiste ».

<sup>523</sup>- علي علي سليمان، المرجع السالف الذكر، بند 116، ص. 161.

ويقصد بالضمان لغة، ضمان الشيء وكفالاته، وقيل ضمن الشيء أي جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه، والضمان هو الكفالة والالتزام وهو مشتق من التضمين لأن ذمة الضامن تتضمن الحق. أنظر آمنة سميع، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن-دراسة مقارنة-، المرجع السالف الذكر، ص. 186.

بالنسبة إلى من يحدث بخطئه ضرراً اقتصادياً أو معنوياً، فمتى تبت الخفاً وحب عليه التعويض.

ومما لا شك فيه، أن المفاول الفرعي مسؤول تعاقدياً تجاه المفاول الأصلي فقط، إذ تقوم مسؤوليته عن عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد المفاولة من الباطن، وذلك قبل تسليم العمل المتفق عليه إلى المفاول الأصلي. ويبقى هذا الأخير هو الآخر مسؤول تعاقدياً تجاه صاحب المشروع عن عدم أو سوء تنفيذ الالتزامات المقررة بموجب عقد مفاولة البناء الأصلي إلى غاية مرحلة تسلّم الأشغال.

### المطلب الثاني: شروط قيام المسؤولية العقدية للمفاول من الباطن

لا تقوم مسؤولية المفاول من الباطن العقدية إلا إذا توافر ركن الخفاً في جانبه، ونجم عن ذلك الخفاً ضرراً أصاب المفاول الأصلي، أي قيام العلاقة السببية بين الخفاً المرتكب والضرر الحاصل. وبذلك، فأركان المسؤولية العقدية كأركان المسؤولية التقصيرية ثلاثة، الخفاً والضرر والعلاقة السببية الرابطة بين خفاً المفاول الفرعي والضرر الحاصل للمفاول الأصلي، سأطرق إليها ركناً بركن.

### الفرع الأول: الخفاً العقدي للمفاول من الباطن

يعتبر الخفاً ركناً أساسياً في المسؤولية العقدية وفي المسؤولية عن العمل الشخصي على السواء، إذ لا يكفي لقيام المسؤولية وقوع الضرر فحسب، بل يجب اتخاذ الفعل المرتكب من قبل الشخص صفة الخفاً، وأن يتسبب هذا الخفاً في إحداث الضرر. ويقع على عاتق الطرف المضرور، حتى يحصل على حقه في التعويض، إثبات الضرر وعلاقته بالخفاً المرتكب. ولا يقصد الفقه<sup>524</sup> من الخفاً الإخلال بالترام يربط بين شخصين فحسب،

<sup>524</sup>- محمود جلال حمزة، المرجع السالف الذكر، البندين 61 و62، ص. 64 و65.

بل هو إخلال بأي التزام عام يقع على عاتق كل شخص، ولا يحتاج تقريره إلى نص قانوني بل يستنبط من المبادئ القانونية العامة.

لقد اشتمل القانون المدني الجزائري على عدة نصوص في هذا المجال، منها المادة 106 من القانون المذكور التي تنص على ما يلي "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون". والمادة 107 من نفس القانون " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام...". وتنص المادة 176 من القانون المدني على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه". على أن هذه المادة هي التي تحدد وتحكم الخطأ العقدي باعتباره إخلالاً بتنفيذ التزام أو عدم تنفيذه على الوجه الصحيح، إذ أنها تقرر مبدأ المسؤولية والالتزام بالتعويض كجزاء لعدم الوفاء بالالتزامات الناشئة من العقد، فإذا لم يتم المدين في العقد بتنفيذ التزامه كان هذا خطأ تعاقدياً.

وعليه، يقصد بالخطأ العقدي عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي، أو التأخير في تنفيذه. ولا يشترط أن يكون الخطأ بفعل إيجابي، بل أن الإهمال أو قلة الاحتراز كثيراً ما ينجم عنه ضرراً يصيب الطرف الآخر. ويقصد بالإهمال "الترك أو الامتناع أو الغفلة عن القيام بما ينبغي للشخص المتزن الحريص أن يفعله لو وجد في ذات الظروف، وهو أيضاً كل إخفاق في تأمين واجب العناية المفروض عليه"<sup>525</sup>. وبالتالي، يستوي في قيام المسؤولية

---

<sup>525</sup>- لياس أبو عبيد، نماذج عقود واتفاقات عقد الضمان (التأمين)، عقد المقاوله بين مالك عقار ومهندس معماري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.

العقدية أن يكون عدم التنفيذ أو التأخير فيه عن قصد أو عن إهمال من المدين<sup>526</sup>. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها<sup>527</sup>، إذ أُيدت بموجبه هذا المفهوم، فمجرد الإخلال بالالتزامات العقدية أو التقصير في تنفيذها يشكل خطأ عقدياً.

ومن الواضح بأن التزام المقاول في عقد المقاولة هو التزام ببذل عناية في بعض المهام من جهة، والالتزام بتحقيق نتيجة في بعض الأعمال من جهة ثانية. أما التزام المقاول من الباطن في عقد المقاولة الفرعية، فقد استقر الفقه<sup>528</sup> والقضاء الفرنسي<sup>529</sup> على اعتباره التزام بتحقيق نتيجة، تتمثل في إنجاز عمل مطابق للمواصفات المتفق عليها في العقد وتسليمه إلى المقاول الأصلي في الميعاد المحدد<sup>530</sup>، ومن ثم، يكفي لقيام المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي عدم تحقيقه للنتيجة المذكورة، حتى وفي حالة عدم ثبوت خطئه، فمتى أصاب المقاول الأصلي ضرراً لا يعفى المقاول الفرعي من المسؤولية العقدية إلا إذا أقام الدليل على أن عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للعمل المكلف به راجع إلى سبب أجنبي عنه،

---

<sup>526</sup>- سمير عبد السميع الأودن، مدى مسؤولية المهندس الاستشاري مدنيا في مجال الانشاءات، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، 2000، ص. 43 صبري السعدي، المرجع السالف الذكر، بند 321، ص. 328، وأحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، بند 427، ص. 735.

<sup>527</sup>- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 13 جوان 1990، رقم 61489، المجلة القضائية، العدد 4، ص. 65.

<sup>528</sup> - D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 24, p. 244 : « C'est le régime juridique du contrat d'entreprise qui s'applique dans les rapports sous-traitant/entrepreneur principal. Le sous-traitant est tenu d'une obligation de résultat. En conséquence, sa responsabilité est engagée, même en l'absence de faute prouvée. Pour s'exonérer, le sous-traitant doit rapporter la preuve d'une cause étrangère ou de la faute commise par l'entrepreneur principal » et A. BENABENT, *Sous-traitance des marchés des personnes privées*, *op. cit.*, n° 108, p. 44 : « Le sous-traitant est responsable dans les termes du droit contractuel envers son cocontractant, l'entrepreneur principal. La cour de cassation a décidé de la manière la plus ferme que le sous-traitant était tenu envers l'entrepreneur principal d'une obligation de résultat ».

<sup>529</sup> - Cass. civ., 3 octobre 1980, Bull. civ. 1980, n° 188, Cass. civ., 22 juin 1988, Bull. civ. 1988, n° 115, Cass. civ., 4 octobre 1996, RD imm. 1997, p. 82 et Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 10 décembre 2003, RD imm. 2004, p. 448.

<sup>530</sup> - A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 873, p. 424 : « Envers l'entrepreneur principal. Débiteur direct de son cocontractant, le sous-traitant est envers lui responsable dans les termes du droit commun de son contrat. La jurisprudence affirme qu'il est tenu envers lui d'une obligation de résultat, mais il est plus exact de dire qu'il est responsable selon l'objet précis de sa prestation ».

حال دون تنفيذه لالتزامه تطبيقاً لنص المادة 176 من القانون المدني، السالفة الذكر، أو أن خطأ المقاول الأصلي كان وراء عدم التنفيذ وتأخره. وفي حالة السلسلة التعاقدية فإن المقاولين الفرعيين المتسلسلين يلتزمون بنفس النتيجة تجاه المقاول الأصلي<sup>531</sup>.

غير أن المقاول من الباطن يلتزم كذلك ببذل عناية في تنفيذ التزام المحافظة على ورشة البناء وإدارة الوسائل والأجهزة الموضوعة تحت تصرفه من قبل المقاول الأصلي، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة 172 من القانون المدني، السالفة الذكر، على ما يلي "في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإرادته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بدل في تنفيذه من العناية كل ما يبده الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك، وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولاً عن غشه، أو خطئه الجسيم". فالقاعدة هي أن يبذل المدين العناية التي يبدها الشخص العادي، أي الشخص المتوسط الحريص على نفسه وشؤونه<sup>532</sup>. ويكفي عدم بدل المقاول الفرعي العناية المطلوبة في المحافظة على وسائل العمل لقيام الخطأ العقدي. على أنه ونظراً لخصوصية عقد المقاولة بصفة عامة، والمقاولة من الباطن بصفة خاصة، كونه مبرم بين مهنيين محترفين عالمين بأصول المهنة، فإن معيار الشخص العادي لا يتصور أن يكون معياراً لقيام المسؤولية العقدية لشخص محترف مثل المقاول الفرعي. بل يتوجب الرجوع إلى معيار المهني الحريص الذي هو من نفس فئة مرتكب الخطأ والمتواجد في ذات الظروف، مع أخذ بعين الاعتبار الاتفاقات والبنود التعاقدية، أصول الفن وكذا المعايير والأعراف التي تحكم

---

<sup>531</sup> - B. SABLIER, J.-E. CARO et S. ABBATUCCI, *op. cit.*, p. 284 : « Depuis un arrêt de principe du 3 décembre 1980, la cour de cassation considère que le sous-traitant est tenu envers l'entrepreneur principal d'une « obligation de résultat d'exécuter des travaux exempts de vices » cela a également été jugé en cas de sous-traitance en chaîne, le sous-traitant du sous-traitant étant tenu des mêmes obligations que le premier à l'égard de l'entrepreneur principal ».

<sup>532</sup> - صبري السعدي، المرجع السالف الذكر، بند 322، ص. 330 و بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السالف الذكر، بند 207، ص. 274.

المهنة، في تأسيس مسؤولية المقاول الفرعي<sup>533</sup>. وقد سبق الذكر، أن المقاول من الباطن المتخصص ملزم تجاه المقاول الأصلي بتقديم النصيحة والإعلام<sup>534</sup>، وببذله العناية اللازمة في تنفيذه لهذا الالتزام، قد يتفادى مساءلته عن ضياع وسائل العمل التي بين يديه.

أما في عقد المقاولة الأصلي فيعد عدم تنفيذ المقاول الفرعي للعمل أو تأخره، خطأ عقديا يقع على عاتق المقاول الأصلي باعتباره المتعاقد مع صاحب المشروع. فتتحقق مسؤولية المقاول الأصلي (المدين) في هذه الحالة عن فعل الغير، المتمثل في المقاول الفرعي، إذ لا يعد خطأ هذا الأخير من قبيل السبب الأجنبي بالنسبة للمقاول الأصلي، ما دام أنه متعاقد معه وليس أجنبيا عنه، تطبيقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 178 من القانون المدني والسالفة الذكر.

ولا يطالب رب العمل، عند تحقق الخطأ العقدي، المقاول الأصلي بتنفيذ الالتزام عينا، بل يطالبه بالتعويض لعدم تنفيذ المشروع، ويقع على صاحب المشروع عبء إثبات أن المقاول الأصلي لم ينفذ التزامه<sup>535</sup>، فإذا أقام الدليل على عدم التنفيذ أو التأخير فيه، يكون قد أثبت الخطأ العقدي. وإذا تعلق الأمر بالالتزام بتحقيق نتيجة، فلا تقوم المسؤولية إلا بعدم تحقق النتيجة، أما إذا تعلق الأمر بالالتزام ببذل عناية وجب على صاحب المشروع إثبات أن المقاول الأصلي لم يبذل العناية اللازمة في تنفيذ التزامه.

عموما، تتحقق المسؤولية العقدية للمقاول من الباطن إذا لم ينفذ الالتزامات التي يملئها عليه عقد المقاولة الفرعية، أو تأخر في تنفيذها وعجز عن إثبات السبب الأجنبي

---

<sup>533</sup> - B. LOUVEAUX, op. cit., p. 34 : « Non seulement, il n'y a pas de présomption de faute, mais en outre, le vice doit être déterminé par les défaillances dans les opérations de construction... la preuve d'une faute dans la conception ou l'exécution suppose l'établissement d'un comportement méconnaissant les prescriptions contractuelles, les règles de l'art ou en définitive le comportement du bon professionnel de la même catégorie placé dans les mêmes conditions compte tenu en outre des normes et usages de profession ».

<sup>534</sup> - B. SABLIER, J.-E. CARO et S. ABBATUCCI, op. cit. , p. 285 « Mais le sous-traitant spécialisé est tenu vis-à-vis de l'entrepreneur principal d'une obligation de conseil et de renseignement... »

<sup>535</sup> - أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، بند 429، ص.

الذي حال دون التنفيذ أو تسبّب في التأخير. وعليه، فإن المقاول الفرعي يسأل بناء على أحكام المسؤولية العقدية في حالتين هما، حالة عدم انجاز العمل على الوجه الصحيح (أولاً)، وحالة إخلاله بالالتزام بتسليم العمل المنجز (ثانياً).

### أولاً: مسؤولية المقاول من الباطن عن عدم انجاز العمل على الوجه السليم

إن أول وأهم التزام يقع على عاتق المقاول الفرعي هو الالتزام بإنجاز العمل محل عقد المقاولة من الباطن، وهذا ما نصّت عليه المادة 553 من القانون المدني، السالفة الذكر، والتي أكّدت على التزام مقاول البناء في عقد المقاولة الأصلي بإنجاز العمل على وجه غير مناف لشروط ومقتضيات عقد المقاولة. ولا يجوز أن يخالف عقد المقاولة من الباطن الشروط الرئيسية لعقد المقاولة المبرم بين المقاول الأصلي وصاحب المشروع، وإلا كان هناك اختلاف في المحل<sup>536</sup>.

عموماً يمكن أن تنحصر مسؤولية المقاول الفرعي عن عدم انجاز العمل المتفق عليه في ثلاث حالات هي كالتالي:

### أ- مسؤولية المقاول من الباطن عن الخطأ في تنفيذ التصميم

ترجع مهام وضع التصاميم إلى المهندس المعماري أو مكتب الدراسات بصفة عامة وفي هذا الشأن تنص المادة 555 من القانون المدني فقد نصت على أنه "إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسؤولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم". بمعنى أنه في حالة اكتفاء المهندس المعماري بوضع التصاميم دون المتابعة والمراقبة، فإنه يسأل عن الأخطاء التي يرتكبها عند وضعه للتصاميم، حتى لو لم يكن مكلفاً بمراقبة تنفيذها<sup>537</sup>.

<sup>536</sup> - حماد أحمد، المرجع السالف الذكر، بند 49، ص. 58.

<sup>537</sup> - J.-P. KARILA, *Les responsabilités des constructeurs*, op. cit., p. 45.

أما المقاول الفرعي فهو ملزم بإتباع التصاميم المسلمة له من قبل المقاول الأصلي، وذلك عن طريق توخي الحذر والدقة في تنفيذ الرسوم والخرائط الموضوعة في التصميم، فإذا اكتشف المقاول الفرعي وجود عيوب تعطله عن انجاز العمل وجب عليه إخطار المقاول الأصلي على وجودها، وإلا اعتبر مسؤولاً عنها. مثلاً يقوم المقاول الفرعي بإنجاز أساسات غير كافية لحمل البناء، أو الخطأ في تحديد أماكن تصريف مياه الأمطار بحيث تشكل خطراً على قواعد ارتكاز البناء فتجعلها مهددة في متانتها وصلابتها. ومن ثمّ، يسأل المقاول الفرعي عن الأعمال التي أنجزها دون أن تكون متطابقة مع التصاميم، كما يسأل عن عدم التزامه بواجب النصح في حالة وجود عيب في التصميم.

### ب- مسؤولية المقاول من الباطن عن مواد البناء

نتساءل في هذا الشأن عما إذا كان المقاول من الباطن مسؤول عن جودة المواد المستعملة في البناء، وهل هو ملزم بضمانها؟

للإجابة على هذا السؤال لا بد من معرفة ما إذا كانت المواد المستعملة في التشييد مقدمة من قبله أو من قبل المقاول الأصلي أو من طرف صاحب المشروع. لقد منح المشرع الجزائري لمقاول البناء في عقد المقاولة حق الاختيار بين تقديم نشاطه المادي والمادة التي يستخدمها لتنفيذ عقد المقاولة، وبين التعهد بتقديم عمله دون مواد البناء، فيلتزم صاحب المشروع في هذه الحالة بتقديمها لانجاز العمل<sup>538</sup>. فإذا قدمت مادة العمل من قبل المقاول

---

<sup>538</sup> المادة 551 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: "إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولاً عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل" والمادة 552 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: "إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعي أصول الفن في استخدامه لها وإن يؤدي حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقي منها فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية فهو ملزم برد قيمة هذا الشيء لرب العمل. وعلى المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية و يكون ذلك على نفقته، هذا ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك".

فيلتزم بضمانها، وهو مسؤول عن جودتها، أما إذا قدمها صاحب المشروع فإن المقاول ملزم بالحرص عليها ومراعاة أصول الفن في استخدامه لها.

وينطبق الحكم ذاته، السابق الذكر، على المقاول الفرعي في علاقته بالمقاول الأصلي الذي يعد بمثابة رب العمل في المقولة الفرعية. فإذا قدم المقاول الفرعي المادة التي يستخدمها في إنجاز العمل، فهو مسؤول عن جودتها، ويقع على عاتقه التزام ضمانها للمقاول الأصلي، في حالة عدم تطابقها مع المواصفات والمقاييس المتطلّبة قانوناً أو تنظيمياً أو اتفاقياً ومهنياً. أمّا إذا قدمت مادة العمل من طرف المقاول الأصلي أو صاحب المشروع، فإن المقاول الفرعي لا يكون مسؤولاً عنها. على أن مسؤوليته تبقى قائمة عن العيوب التي كان بإمكانه اكتشافها تبعاً لمستواه الفني، وعليه تنبيه المقاول الأصلي إلى ذلك، وإذا أصر هذا الأخير على استعمالها كان له الامتناع عن التنفيذ<sup>539</sup>.

كما يلتزم المقاول من الباطن باستخدام هذه المواد، وفقاً لما تقتضيه أصول الصناعة والفن وإنجاز المشاريع، بمعنى أن المقاول الفرعي ملزم عند استخدام هذه المواد بإتباع التعليمات التي يضعها كل متدخل في عملية البناء سواء كان مهندساً أو مقاولاً أصلياً أو صانعاً للعناصر التجهيزية المراد تركيبها، فهو ملزم بتنفيذها وتركيبها بحسب البيانات وطرق التركيب الموضوعية من قبل الصانع، وإلا قامت مسؤوليته العقدية تجاه المقاول الأصلي.

### ج- مسؤولية المقاول من الباطن عن عدم إتباع التعليمات وقواعد فن الإنجاز

يلتزم المقاول من الباطن بإتباع ما تفرضه القوانين واللوائح، وما تصدره الجهات الإدارية المختصة من تعليمات في مجال البناء والتشييد، وهو ملزم بإتباع قواعد الفن

<sup>539</sup>- محمد حسين منصور، المرجع السالف الذكر، ص. 104.

المعماري التي تتمثل في مجموع المعارف العلمية والتقنية التي يتعين على كل محترف في مجال البناء الإلمام بها أثناء مزاولته لنشاطه المهني.

فإذا خالف المقاول الفرعي الأحكام القانونية والتنظيمية أو التعليمات أو قواعد الفن يكون مخطئاً مما يقيم مسؤوليته العقدية، ويكفي للمقاول الأصلي أن يثبت عدم مطابقة العمل للتنظيمات وللمواصفات المفروضة، دون حاجة إلى إثبات خطأ المقاول الفرعي، ولا يستطيع المقاول الفرعي دفع المسؤولية عن نفسه إلا بإثباته السبب الأجنبي، وفقاً لما تقضي به القواعد العامة.

وعليه، إذا أخل المقاول الفرعي بالتزامه بإنجاز العمل المكلف به فإن مسؤوليته تتحقق تطبيقاً للقواعد العامة. ويمكن للمقاول الأصلي، إما أن يطلب التنفيذ العيني، وإما فسخ العقد مع التعويض في الحالتين، وقبل ذلك يجب على المقاول الأصلي إعدار المقاول الفرعي<sup>540</sup>. غير أن عقد المقاولة، كما سبق القول، هو من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، لذلك يرى الفقه<sup>541</sup> بأنه إذا كان العمل المطلوب انجازه تراعى فيه شخصية المقاول، وأصر المقاول الفرعي على الامتناع عن التنفيذ، جاز للمقاول الأصلي اللجوء إلى طريقة التهديد المالي، وإلا لم يبق أمامه إلا الفسخ والتعويض.

أما إذا كان العمل المطلوب انجازه ليس لشخصية المقاول فيه اعتبار جاز للمقاول الأصلي أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول الأول إذا كان التنفيذ ممكناً<sup>542</sup>. وقد يختار المقاول الأصلي فسخ العقد مباشرة، إذا

---

<sup>540</sup>- المادة 178 ق.م.ج.

<sup>541</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السالف الذكر، بند 44، ص. 79.

<sup>542</sup>- المادة 170 ق.م.ج. التي تنص على ما يلي: " في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً" والمادة 553 ق.م.ج. السالفة الذكر.

كان الإخلال جسيماً وللقاضي السلطة التقديرية في الفسخ أو إهمال المقاول الفرعي مهلة أخرى من أجل التنفيذ. وسواء طلب المقاول الأصلي التنفيذ العيني أو الفسخ، فله الحق أيضاً في طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء عدم تنفيذ الالتزام بعد اعدار المقاول الفرعي<sup>543</sup>.

**ثانياً: مسؤولية المقاول من الباطن عن الإخلال بالتزامه بتسليم العمل المنجز في**

### **الميعاد**

يتمثل إخلال المقاول من الباطن بالتزامه بتسليم العمل المكلف به بموجب عقد المقاول الفرعية، عندما يتأخر في التنفيذ نتيجة تقصيره أو إهماله في الإنجاز. وقد يتأخر المقاول الفرعي عن التسليم لأسباب عديدة تخرج عن إرادته، مثلاً الخطأ في التصميم الذي يلزمه إعادة تعديله، أو تماطل الإدارة في تسليم رخص البناء أو الهدم إلى صاحب المشروع، ويتأخر هذا الأخير في تسليمها إلى المقاول الأصلي الذي يتأخر بدوره في تسليمها إلى المقاول الفرعي. وفي هذه الحالات يمكن لهذا الأخير أن يتحلل من تحمّل المسؤولية عن التأخير في التسليم ما دام أن الأمر يخرج عن إرادته<sup>544</sup>.

على أن المقاول من الباطن قد يضطر إلى إنجاز أعمال إضافية، وعليه في هذه الحالة إخبار المقاول الأصلي بها حتى يكون التأخير مبرراً قانوناً. أما إذا قام بها دون طلب موافقة المقاول الأصلي فإنه يكون مسؤولاً عن تأخره. وعلى كل، إذا لم يقم المقاول الفرعي بتسليم العمل كاملاً في الزمان والمكان الواجب تسليمه فيهما، فإنه يكون قد أخل بالتزام

---

<sup>543</sup> - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار مؤرخ في 11 نوفمبر 1987، ملف رقم 51553، المجلة القضائية، 1992، العدد 3، ص. 24 الذي قضى بما يلي: "من المقرر قانوناً أنه إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد جاز لرب العمل بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير سديد. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".

<sup>544</sup> - آمنة سميع، المقاول من الباطن للصفحة، المرجع السالف الذكر، ص. 181.

عقدي يتمثل في الالتزام بالتسليم، ويكون للمقاول الأصلي طلب التنفيذ العيني، أو طلب الفسخ مع التعويض في الحالتين. ويرى الفقه<sup>545</sup> بأن المقاول لا يجبر على التسليم إذا كان العمل فنيا، ورأى بعد أن أتمه أنه غير راض به كعمل فني أو أدبي، وأن تسليمه على الوجه الذي هو عليه يضر بسمعته الفنية أو الأدبية، لأن تقدير ذلك أمر شخصي موكل إلى رأيه هو، وفي هذه الحالة لا يبقى أمام رب العمل (المقاول الأصلي في المقولة الفرعية) إلا طلب التعويض أو طلب الفسخ مع التعويض.

وتجب الإشارة إلى أن التشريع المغربي<sup>546</sup> وعلى خلاف المشرع الجزائري، قد أورد نصا خاصا في مفهوم مماثلة المدين في تنفيذ التزامه. وقصد بالمماثلة تأخر المقاول من الباطن في تنفيذ التزامه بالتسليم، وإذا تحققت المماثلة أصبح العقد قابلا للفسخ بشرط أن يقوم المقاول الأصلي بإنذار المقاول من الباطن بالتسليم في وقت محدد. كما رتب مسؤوليته عن عدم مهارته في تنفيذ العمل<sup>547</sup>.

---

<sup>545</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السالف الذكر، بند 52، ص. 91.

<sup>546</sup>- تنص المادة 254 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: " يكون المدين في حالة مطل، إذا تأخر عن تنفيذ التزامه، كليا أو جزئيا، من غير سبب مقبول".

<sup>547</sup>- أنظر المادة 737 من قانون الالتزامات والعقود المغربي التي تنص: " من يلتزم بإنجاز عمل أو بأداء خدمة يسأل، ليس فقط عن فعله ولكن أيضا عن إهماله ورعونته وعدم مهارته. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر" والمادة 738 من نفس القانون التي تنص على ما يأتي: " وهو يسأل أيضا عن النتائج المترتبة عن عدم مراعاة التعليمات التي تلقاها إن كانت صريحة، ولم يكن له مبرر خطير يدعوه لمخالفتها، وإذا وجد هذا المبرر لزمه أن يخطر به رب العمل وأن ينتظر تعليماته، ما لم يكن في التأخير ما تخشى عاقبته".

ويقصد بالإهمال " الترك أو الامتناع أو الغفلة عن القيام بما ينبغي للشخص المتزن الحريص أن يفعله لو وجد في ذات الظروف، وهو أيضا كل إخفاق في تأمين واجب العناية المفروض عليه". أنظر في هذا الموضوع الياس أبو عيد، المرجع السالف الذكر، ص. 154 وأمنة سميع، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، المرجع السالف الذكر، ص. 190.

V. aussi, B. BLOCH, *op. cit.*, p. 34.

وبما أن الالتزام بالتسليم يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة، فإن مجرد عدم تسليم المقاول العمل يعتبر إخلالاً منه. وتقوم مسؤوليته العقدية من دون الحاجة لأن يثبت المقاول الأصلي خطأ المقاول الفرعي، فعدم التسليم يعد خطأً في ذاته، ولا تنتفي المسؤولية إلا إذا أثبت المقاول الفرعي السبب الأجنبي، أو إذا أثبت أن العمل قد هلك أو تلف وأنه بدل في المحافظة عليه عناية الشخص العادي، لأن التزامه بالمحافظة على العمل التزام ببذل عناية، ويكفي لانتفاء المسؤولية أن يثبت أنه قام بالتزامه ببذل عناية الشخص المعتاد<sup>548</sup>.

### الفرع الثاني: ضرورة إثبات الضرر اللاحق بالمقاول الأصلي

يجد مبدأ " لا مسؤولية حيث لا ضرر *Pas de responsabilité sans préjudice* " تطبيقه في مجال المسؤولية، فالضرر هو الذي يقدر التعويض بمقداره في المسؤولية التقصيرية، أما في المسؤولية العقدية فإن مجرد إخلال المدين بالتزامه يترتب المسؤولية العقدية ويؤدي حتماً إلى حصول ضرر ولو كان معنوياً.

### أولاً: تعريف الضرر

يعد الضرر العنصر الثاني في المسؤولية المدنية، سواء كانت مسؤولية عقدية، أو مسؤولية تقصيرية. وقد عرّف الضرر<sup>549</sup> بأنه " الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذا قيمة مالية أو لم يكن ". إذ أن الشخص لا يتعاقد إلا لتحقيق مصلحة ويؤدي عدم تنفيذ العقد إلى فوات تلك

<sup>548</sup> - المادة 172 ق. م. ج.، السالفة الذكر.

<sup>549</sup> - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السالف الذكر، بند 212، ص. 284 ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، بند 324، ص. 331، المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار مؤرخ في 27 نوفمبر 1985، ملف رقم 41783، المجلة القضائية، 1990، العدد الأول، ص. 43.

المصلحة. ولا يشترط في المصلحة أن تكون مما يحميها القانون، بل يكفي أن تكون مصلحة مشروعة للمضرور<sup>550</sup>.

وبالتالي، حتى تقوم المسؤولية العقدية للمقاول من الباطن يجب أن يترتب على الخطأ المرتكب من قبله ضرراً يصيب المقاول الأصلي لعدم تنفيذه لالتزامه التعاقدية، ويستحق المقاول الأصلي تعويضاً عن الضرر الذي لحقه من عدم تنفيذ المقاول من الباطن لالتزامه أو من تأخره في تنفيذه<sup>551</sup>، بشرط أن يكون الضرر مباشراً ومتوقفاً، ولا يهم أن يكون الضرر واقعاً أي حالاً، أو مؤكداً الوقوع في المستقبل، فالمهم أن يكون الضرر محققاً غير احتمالي<sup>552</sup>.

### ثانياً: أنواع الضرر

إنّ الضرر نوعان، إما مادي (*Dommage matériel*) أو معنوي وهو ما يسمى أيضاً بالضرر الأدبي (*Dommage moral*)، ويمكن أن يتجسد الضرر في فوات فرصة للمقاول الأصلي.

#### أ- الضرر المادي

يعرّف الضرر المادي على أنه إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية، فهو الضرر الذي يصيب المقاول الأصلي في ذمته المالية نتيجة خطأ المقاول من الباطن، أو

---

<sup>550</sup> محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدر لالتزام، القواعد العامة، القواعد الخاصة، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، بند 104، ص. 97.

<sup>551</sup> المادة 176 ق. م. ج. التي تنص على ما يلي: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

<sup>552</sup> صبري السعدي، المرجع السالف الذكر، بند 324، ص. 332.

أية مصلحة مشروعة ذات قيمة مالية<sup>553</sup>. ولا بد من أن يكون الضرر محققاً، أي يكون قد وقع فعلاً، أو قد يكون محقق الوقوع مستقبلاً حتى يكون موجبا للتعويض، كأن تظهر تشققات في جدران المبنى مما ينبئ بانهيائه. أما الضرر الاحتمالي، فلا يعرض عنه إلا إذا وقع لأنه ضرر قد يحدث وقد لا يحدث. ويجب أيضاً أن يكون الضرر المادي مباشراً، أي أن يكون نتيجة مباشرة لاخلال المقاول الفرعي بالتزاماته التعاقدية<sup>554</sup>.

على أنه، وبخصوص التعويض عن الضرر المادي فيمكن القول أن الضرر المباشر المتوقع هو الذي يعرض عنه في المسؤولية العقدية، كما أن التعويض في المسؤولية العقدية يكون عن الضرر المتوقع فقط إلا في حالة الغش والخطأ الجسيم<sup>555</sup>.

## ب- الضرر المعنوي

إن الضرر المعنوي هو الضرر الذي لا يصيب الشخص في حق من حقوقه المالية أو مصلحة مالية له، ولكن يصيبه في حريته أو شرفه وبالنسبة للمهنيين كالمقاول، فإن الضرر المعنوي يصيبه في سمعته<sup>556</sup>. والضرر من هذا القبيل كثير الوقوع في المسؤولية التقصيرية على خلاف حدوثه في المسؤولية العقدية، لأن طبيعة عقد المقاولة تقتضي أن يكون إبرامه على شيء ذا قيمة مالية كما هو الحال في عقد المقاولة من الباطن.

<sup>553</sup> - أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، بند 570، ص. 970 ومحمود جلال حمزة، المرجع السالف الذكر، بند 105، ص. 98.

<sup>554</sup> - هاشم علي الشهوان، المرجع السابق الذكر، ص. 125.

V. aussi, P. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 81 : « La responsabilité de l'entrepreneur vis-à-vis du maître de l'ouvrage dépend de la constatation de l'existence d'un manquement, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre l'un et l'autre. Les deux premières conditions n'appellent guère d'observations, car elles relèvent purement et simplement du droit commun. On notera que seul le préjudice prévisible est réparable et que l'appréciation du lien de causalité est toujours délicate ».

<sup>555</sup> - أنظر في أقسام الضرر علي سليمان، المرجع السالف الذكر، بند 111، ص. 170 وصبري السعدي، المرجع السالف الذكر، بند 326، ص. 333.

<sup>556</sup> - المادة 182 مكرر ق. م. ج. : " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحريّة أو الشرف أو السمعة".

غير أنه قد يكون للمقاول الأصلي مصلحة أدبية في تنفيذ العقد وبترتب على إخلال المقاول من الباطن بالتزامه ضررا أدبيا، كالضرر الأدبي الذي يصيب المقاول جراء إنجاز معيب لعمله المصمم بناء على أفكاره الفنية، أو إثارة الشكوك حول قدرته المهنية على الإنجاز أو إفشاء أسراره المتعلقة بمهاراته الفنية، فهذه الأعمال تحدث ضررا أدبيا تضر بسمعة المقاول. ونظرا لطبيعة هذا الضرر قد لا يقبل التعويض لصعوبة تقديره، إلا أن القضاء استقر على جواز التعويض على الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية. إذ لا يقصد بالتعويض عن الضرر المعنوي محوه وإزالته، فلا يمكن محو الخسارة، ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها<sup>557</sup>.

### ج- فوات الفرصة

يقصد الفقه<sup>558</sup> بفوات الفرصة تفويت الفرصة على المتعامل الاقتصادي في الحصول على منفعة تعود عليه بالكسب والفائدة. ويشترط أن تكون هذه الفرصة حقيقية وصادقة، ويرجى منها تحقيق كسب معين، ويجب أن يكون تفويت الفرصة نهائيا بمعنى قطع كل أمل في إمكان تحقق الكسب وفقدان كل وسيلة إلى ذلك. على أن التعويض في هذه الحالة لا ينصب على الفرصة ذاتها، لأنها أمر احتمالي، وإنما يكون عن تفويت فرصة إبرام عقد معين مثلا باعتباره ضررا محققا يجب التعويض عنه<sup>559</sup>. وهذا ما أقرته المحكمة العليا<sup>560</sup> عند اعتمادها للتعويض عن تفويت الفرصة على شكل مبدأ عام، فإنّ الفرصة وإن كانت أمرا محتملا، فتفويتها يشكل نوعا من أنواع الضرر الذي قد يصيب الطرف الآخر، والذي

---

<sup>557</sup> - أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، بند 578، ص. 984.

<sup>558</sup> - هاشم علي الشهوان، نفس المرجع.

<sup>559</sup> - العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السالف الذكر، بند 188، ص. 207.

<sup>560</sup> - المحكمة العليا، 15 نوفمبر 2006، ملف رقم 372290، نقلا عن العربي بلحاج، المرجع المذكور.

يستوجب أن يأخذه القاضي في الحسبان عند الحكم بالتعويض، وهذا وفقا لظروف وملابسات كل قضية على حدة، رغم صعوبة تقدير الفرصة كقيمة مالية.

### الفرع الثالث: العلاقة السببية بين خطأ المقاول من الباطن والضرر الحاصل للمقاول الأصلي

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية أن يقع الخطأ من المدين (المقاول من الباطن) وأن يلحق ضررا بالدائن (المقاول الأصلي)، بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في الضرر الواقع. ويقع على هذا الأخير عبء إثبات العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وهو الخطأ العقدي، والضرر الذي لحقه جراء ذلك. وعلى المقاول الفرعي إذا كان يدعي عكس ذلك، أن يقوم بنفي العلاقة السببية بين الضرر الحاصل وعدم التنفيذ<sup>561</sup>، وذلك بإثبات السبب الأجنبي. ويقصد بالسبب الأجنبي " كل أمر غير منسوب إلى المدين أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق الدائن"، وهو " كل الظروف والوقائع التي يمكن للمدعى عليه أن يستند عليها لإثبات أن الفعل الضار لا ينسب إليه، والتي تكون أجنبية عن كل من الطرفين"<sup>562</sup>.

وبالرجوع إلى نص المادة 176 من القانون المدني، السالف الذكر، نجدها تفترض أن استحالة التنفيذ ترجع إلى سلوك المدين، فتلزمه بالتعويض مبدئيا، إذا أثبت أن استحالة التنفيذ ووقوع الضرر كان ناتجا عن سبب أجنبي عنه.

تطبيقا للنص القانوني يتضح بأن السبب الأجنبي، هو السبب الذي لا يد للمقاول الفرعي في حدوثه، والذي لا يمكنه دفعه ولا توقعه، ويترتب عليه استحالة تنفيذ التزامه كخطأ المقاول الأصلي الذي منع عمال المقاول الفرعي بدخول ورشة العمل<sup>563</sup>.

<sup>561</sup>- صبري السعدي، المرجع السالف الذكر، بند 327، ص. 335.

<sup>562</sup>- محمود جلال حمزة، المرجع السالف الذكر، بند 132، ص. 126 وبلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السالف الذكر، بند 218، ص. 290.

<sup>563</sup>- راجع أيضا المادة 165 من القانون المدني المصري، والمادة 448 من القانون المدني الأردني.

بيد أنه، وتطبيقاً لنص المادة 178 من القانون المدني، يمكن الاتفاق على تحمّل المدين (المقاول الفرعي) تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة. فيلتزم حينئذ بتعويض الضرر اللاحق بالمقاول الأصلي جرّاء القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ. غير أن الفقه لم يعد يفرّق بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ<sup>564</sup>.

كما يجوز الاتفاق في عقد المقاولة الفرعية، على إعفاء المقاول الفرعي باعتباره مديناً من المسؤولية الناجمة عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلاّ إذا كان عدم التنفيذ ناجم عن غش منه أو خطئه الجسيم فيتحمّل مسؤوليته وإن اتفقا على الإعفاء. ويسمح النص القانوني المذكور كذلك، بجواز اشتراط المدين (المقاول الفرعي) إعفائه من المسؤولية الناجمة عن غش أو خطأ جسيم صادر من مستخدميه، إلاّ إذا كان شرطاً يعفيه من المسؤولية الناجمة عن فعل إجرامي، فيقع تحت طائلة البطلان<sup>565</sup>.

ويشترط في السبب الأجنبي الذي يكون سبباً في إعفاء المقاول الفرعي من مسؤوليته عن عدم التنفيذ الشروط الآتية:

#### أ- يجب أن يكون السبب أجنبياً عن المقاول الفرعي

يجب أن لا يكون المقاول الفرعي قد ساهم بإرادته في وقوع هذا السبب، وهو ما عبر عنه المشرع في المادة 176 من القانون المدني بعبارة " لا يد له فيه "، أما إذا كان عكس

---

أنظر كذلك هاشم علي الشهبان، المرجع السالف الذكر، ص. 143 ومحمود جلال حمزة، المرجع السابق، بند 135، ص. 129 وبلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السالف الذكر، بند 220، ص. 292.

<sup>564</sup>- أصبح الفقه والقضاء لا يميز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ، وصار اليوم من المتفق عليه أنه يجب أن تتوافر في السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية بصفة عامة ثلاثة شروط، وهي عدم إمكانية التوقع وعدم إمكان الدفع، وعدم نسبة حدوث السبب الأجنبي إلى المسؤول. لأكثر تفصيل في هذا الموضوع انظر أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، المرجع السالف الذكر، بند 586، ص. 994 وعلي سليمان، المرجع السالف الذكر، بند 123، ص. 196.

<sup>565</sup>- المادة 178 الفقرتين 2 و3 ق. م. ج.

ذلك، أي أن يكون قد ساهم في حدوثه، فلا مجال للتمسك بالسبب الأجنبي لنفي المسؤولية عنه، وإنما يتحمل التعويض بالقدر الذي ساهم في حدوثه بخطئه.

### ب- يجب أن يكون السبب غير ممكن توقعه

يجب أن يكون السبب غير ممكن التوقع، أما إذا كان بإمكان المقاول الفرعي أو حتى المقاول الأصلي توقعه فلا يجوز التمسك بالسبب الأجنبي لدفع المسؤولية. وعلى اعتبار أن المقاول من الباطن على غرار مقاول البناء الأصلي أنه من الأشخاص الفنيين، فيجب أن لا يعامل كالشخص العادي في ما يخص معيار تحديد درجة التوقع، بل يجب أن يحتكم إلى معيار أكثر موضوعية وقسوة، وذلك قياساً على أشد الأشخاص يقظة وتبصراً بالأمر<sup>566</sup>، مما يستوجب استخدام معيار المهني الحريص بالنظر إلى الظروف المحيطة بالمقاول الفرعي.

### ج- يجب أن يكون السبب غير ممكن دفعه

لكي تنتفي مسؤولية المقاول الفرعي عليه أن يثبت عدم إمكانيته دفع السبب الواقع، فإذا أمكن للمقاول الفرعي دفعه أثناء تنفيذه لالتزامه، فلا يجوز له التمسك به، إذ أن السبب الذي لا يمكن دفعه يقطع علاقة السببية بين الفعل المرتكب والضرر اللاحق بالمقاول الأصلي. على أن القضاء الفرنسي لا يعتبر العيوب الموجودة في مواد البناء والعيوب الخفية الموجودة في أحد أجهزة المبنى من قبيل السبب الأجنبي<sup>567</sup>.

---

<sup>566</sup>- هاشم علي الشهبان، المرجع السالف الذكر، ص. 144.

<sup>567</sup> - Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 23 octobre 1984, Bull. civ. 1984, III, n° 172; Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 14 janvier 1987, JCP G 1987, IV, 94 s'est exprimée à cette occasion de la façon suivante : « Contractuellement tenu à l'égard de l'entrepreneur principal de l'obligation d'exécuter un ouvrage exempt de vices, le sous-traitant est responsable des malfaçons dues aux défauts des matériaux employés à moins qu'il ne justifie d'une cause étrangère qui ne puisse lui être imputée » in J.-P. KARILA, Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, Sous-traitance, Paiement du sous-traitant, Sous-traitance et responsabilités, Juris-cl. Constr. urb. 2008, fasc. 207, n° 130, p. 41.

وفيما يخص خطأ المضرور، فيمكن القول بأنه إذا كان خطأ المقاول الأصلي هو السبب الوحيد في وقوع الضرر، أعتبر المقاول من الباطن غير مسؤول عن الأضرار الحاصلة، بمعنى أن خطأه يحول دون وجود رابطة السببية بين ما أصابه من ضرر، وما قام به المقاول الفرعي، مما ينفي مسؤوليته. إذ أن الضرر نجم عن سبب أجنبي عن المقاول الفرعي لا يد له فيه ما دام أنه نفذ جزء أو كل العمل المكلف به طبقاً لأصول عمله وخبرته في الميدان<sup>568</sup>.

كما يعتبر خطأ الغير، طبقاً لنص المادة المذكورة سبباً أجنبياً يقطع العلاقة السببية بين عمل المقاول الفرعي والضرر الحاصل بالمقاول الأصلي، ويقع عبء إثبات خطأ الغير على عاتق المقاول من الباطن، وإذا تمكن من ذلك يعفى هذا الأخير من المسؤولية سواء كان فعل الغير أو تدخله خاطئاً أو غير خاطئ.

وفي الأخير، إذا استطاع المقاول الفرعي أن يثبت السبب الأجنبي من قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، فإن ذلك يؤدي إلى قطع علاقة السببية بين ما يقوم به من أعمال وما يلحق بالمقاول الأصلي من أضرار، وبالتالي انتفاء مسؤوليته.

وبعدما تطرقنا إلى مسؤولية المقاول الفرعي تجاه المقاول الأصلي التي تعد مسؤولية عقدية، نتطرق إلى دراسة مسؤولية المقاول من الباطن تجاه صاحب المشروع.

### **المبحث الثاني: مسؤولية المقاول من الباطن تجاه صاحب المشروع**

إن تنفيذ المقاول الفرعي لجزء أو كل العمل موضوع عقد المقاول من الباطن لا يعفي المقاول الأصلي من المسؤولية الملقاة على عاتقه، في حالة ارتكاب المقاول الفرعي الذي قاوله من الباطن لخطأ في الإنجاز، تسبب في ضرر لحق بصاحب المشروع. وتعتبر هذه المسؤولية، مسؤولية عقدية عن فعل الغير، التي تعد استثناء من الأصل العام الذي يقضي بوجوب مساءلة الشخص عن خطئه الشخصي.

<sup>568</sup>- J.-P. KARILA, *Sous-traitance, Paiement du sous traitant, Sous-traitance et responsabilités*, op. cit., n° 131, p. 42.

تبعاً لذلك، يمكن في حالة تضرر صاحب المشروع من خطأ المقاول الفرعي، يمكنه الخيار بين الرجوع مباشرة على المقاول الأصلي بمقتضى أحكام المسؤولية العقدية (المطلب الأول)، أو الرجوع مباشرة على المقاول من الباطن بمقتضى أحكام المسؤولية التقصيرية، باعتباره من الغير بالنسبة إلى صاحب المشروع (المطلب الثاني).

### **المطلب الأول: حلول المقاول الأصلي محل المقاول الفرعي في مسؤوليته تجاه رب العمل**

تشكل المسؤولية عن العمل الشخصي مبدأ عاماً في المسؤولية المدنية، إلا أن المشرع قد أورد حكماً عاماً يقرر المسؤولية العقدية عن فعل الغير، فتتحقق المسؤولية العقدية للشخص، ليس على أساس خطئه الشخصي، بل بسبب خطأ صادر من شخص آخر تعاقد معه من أجل تنفيذ عقد التزم به الشخص الأول. فنتساءل في هذا السياق عن ما إذا كان المشرع قد أورد نصاً خاصاً يقر من خلاله بمسؤولية المقاول الأصلي عن الأخطاء التي يرتكبها المقاول الفرعي عند قيامه بتنفيذ العمل باعتباره من الغير بالنسبة إلى صاحب المشروع.

لدراسة هذه الإشكالية، لا بد من دراسة ماهية المسؤولية العقدية عن فعل الغير، وذلك بالتطرق إلى مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول من الباطن (الفرع الأول)، ثم الشروط الواجب توافرها لقيام هذا النوع من المسؤولية (الفرع الثاني).

### **الفرع الأول: مسؤولية المقاول الأصلي عن فعل المقاول من الباطن**

بالرجوع إلى الأحكام العامة، نجد أن المشرع الجزائري قد نص صراحة عن المسؤولية عن فعل الغير في المجال التقصيري<sup>569</sup>، أما في المجال التعاقدية، فقد أشار ضمناً بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير بموجب الفقرة الثانية من المادة 178 من القانون المدني

---

<sup>569</sup> وذلك بموجب القسم الثاني المتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير من الفصل الثالث من الباب الأول المتعلق بمصادر الالتزام من الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات والعقود من القانون المدني.

التي تنص على ما يلي " وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه"<sup>570</sup>.

وعليه، وطبقا للنص المذكور يمكن إثارة المسؤولية العقدية للمقاول الأصلي عن تصرفات أشخاص يستعين بهم في تنفيذ العمل، والذين يمثلون الغير بالنسبة إلى صاحب المشروع، وهم الأشخاص الذين يقومون بتنفيذ العمل كليا أو جزئيا. وأبرز هؤلاء الأشخاص المقاول الفرعي، الذي ينفذ التزام المقاول الأصلي التعاقدى المقرر في عقد المقاولة الأصلي، إلا أنه يبقى عن طريق عقد المقاولة الفرعية بالنسبة لصاحب المشروع من الغير. على أن المقاول الأصلي يبقى هو المسؤول عقديا عن مدى تنفيذ الأعمال محل المقاولة الفرعية تجاه صاحب المشروع<sup>571</sup>. وكما أسلفنا، فإذا تسبب المقاول من الباطن في عدم تنفيذ أو سوء تنفيذ الأعمال المكلف بها، تقوم مسؤولية المقاول الأصلي تجاه رب العمل، وكأنه هو من

---

<sup>570</sup> يقابل هذا النص المادة 233 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي التي تنص على ما يلي: " يكون المدين مسؤولا عن فعل نائبه أو خطئه وعن الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، في نفس الحدود التي يسأل فيها عن خطأ نفسه، وذلك مع حفظ حقه في الرجوع على الأشخاص الذين يتحمل المسؤولية عنهم وفقا لما يقضي به القانون"، و المادة 217 من القانون المدني المصري. وقد نص المشرع المغربي عن مسؤولية المدين عن فعل نائبه أو خطئه، وعن فعل أو خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ الالتزام وأدرج المقاول الفرعي في إحدى هاتين الفئتين. على أنه لا يعتبر المقاول من الباطن نائبا عن المقاول الأصلي في تنفيذ العقد الأصلي، بل هو متعاقد يحل محله في تنفيذ جزء أو كل المشروع. كما لا يعتبر مستخدما من طرف المقاول الأصلي في تنفيذ عقد المقاولة لأن أساس الاستخدام هو عقد عمل بين الطرفين يجعل المقاول الفرعي تابعا للمقاول الأصلي. أما المقاول الفرعي فهو يمارس عمله بكل استقلالية في إطار عقد مقاولة وليس عقد عمل. أنظر في هذا الموضوع أمانة سميع، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، المرجع السابق، ص. 378.

<sup>571</sup> - A. ZAHY, *op. cit.*, p. 596 : « En revanche, les sous-traitants auxquels il est fait appel par l'entrepreneur principal restent des tiers par rapport au maître –d'ouvrage ; c'est-à-dire qu'il n'y a pas place pour la responsabilité contractuelle, le seul interlocuteur et le seul responsable vis-à-vis du maître d'ouvrage reste l'entrepreneur ».

ارتكب الخطأ شخصياً، وبذلك فهي مسؤولية عن فعل الغير. وتجد هذه المسؤولية أساسها في فكرة التمثيل، لأن الما قول الأصلي هو من يمثل من يستخدمهم تجاه رب العمل<sup>572</sup>.

يقصد بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير " مسؤولية المدين في التزام عقدي عن فعل الأشخاص الذين يحلهم محله في تنفيذ الالتزام (البدلاء)، أو الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ التزامه (المساعدون)، فالمدين له أن يستعين بغيره في تنفيذ التزامه سواء أكانوا بدلاء أو معاونين<sup>573</sup>. كما يقصد بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير أن يسأل المدين بصدد تنفيذ العقد عن فعل طائفة من الأشخاص كما لو كان فعله دون حاجة إلى إثبات أي خطأ أو اتفاق على تحمل المسؤولية عنهم، ودون أن يتخذ من فعلهم سبباً لدفع مسؤوليته لأن ما يصدر منهم ليس أمراً خارجاً عنه.

وبالتالي، تتحقق المسؤولية العقدية عن فعل الغير، إذا استخدم المدين أشخاصاً غيره في تنفيذ التزامه التعاقدية، فيكون مسؤولاً مسؤولية عقدية تجاه الدائن عن خطأ من استخدمهم. ومن ثم، يمكن تحديد أطراف المسؤولية العقدية عن فعل الغير في ثلاثة أشخاص:

- المسؤول، وهو المدين في الالتزام العقدي، أي الما قول الأصلي في عقد الما قولة من الباطن.

- المضرور، وهو الدائن في هذا الالتزام، أي صاحب المشروع.

- الغير، وهو الشخص الذي استخدمه المدين في تنفيذ التزامه، يكون مساعداً يحل محله، وهو الما قول الفرعي في عقد الما قولة من الباطن.

<sup>572</sup> - P. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, p. 82 : « Il n'y a là qu'un cas, parmi d'autres, de responsabilité contractuelle pour fait d'autrui qui conduit à déclarer le débiteur responsable de ceux qu'il s'est substitué dans la réalisation de ses obligations comme s'il avait personnellement commis la faute ou le manquement qui leur est reproché. Fondée sur l'idée de représentation, cette responsabilité naît et disparaît dans les mêmes conditions que la responsabilité contractuelle pour fait personnel ».

<sup>573</sup> - سامي محمد، المرجع السالف الذكر، ص. 257.

وبذلك، إذا لم ينفذ المقاول الفرعي العمل محل التعاقد، أو تأخر في تسليمه، فلا يمكن لصاحب المشروع أن يرجع عليه مباشرة لأنه غير متعاقد معه، وإنما يرجع على المقاول الأصلي الذي استعان به من أجل تنفيذ العمل موضوع عقد المقاولة الأصلي.

على أن جانب من الفقه يرى بأن فعل المقاول من الباطن لا يمكن اعتباره فعل الغير بالمعنى المذكور، ما دام أن المقاول الفرعي والمقاول الأصلي يعتبرون متدخلون في إنجاز نفس المشروع على أساس تعاقد أصلي وتعاقد فرعي، من جهة. وأن يكون فعل المقاول الفرعي غير متوقع، ولا يمكن دفعه من المقاول الأصلي، من جهة أخرى. لأنه حتى يكون فعل الغير معنيا من المسؤولية يجب أن يتسم بالميزات التي تتميز بها القوة القاهرة حتى تعتبر كذلك<sup>574</sup>.

وبالرغم من القاعدة العامة عن مسؤولية المدين عن فعل من يستخدمهم في تنفيذ التزاماته، وبغض النظر عن إمكانية تطبيقها في المقاولة الفرعية، فقد نص المشرع الجزائري صراحة على المسؤولية العقدية للمقاول الأصلي تجاه صاحب المشروع عن الأخطاء التي يرتكبها المقاول الفرعي في تنفيذ العمل محل التعاقد<sup>575</sup>، وذلك بموجب الفقرة الثانية من المادة 564 من القانون المدني، التي نصت على أنه "ولكن يبقى في هذه الحالة (المقصود المقاول الأصلي) مسؤولاً عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل".

<sup>574</sup> - J.-P. KARILA, *Sous-traitance, Paiement du sous-traitant, sous-traitance et responsabilité*, op. cit., n° 112, p. 37 : « L'existence d'une obligation de garantie de fait est également avérée en ce sens que le fait du sous-traitant ne peut être considéré comme « le fait du tiers », puisqu'entrepreneur principal et sous-traitant sont des partenaires contractuels et qu'alors même que le fait du sous-traitant aura été imprévisible et irrésistible pour l'entrepreneur principal, la condition d'extériorité ferait défaut, étant rappelé que le fait du tiers pour être exonératoire doit revêtir les caractéristiques de force majeure (imprévisibilité, irrésistibilité et extériorité) ».

<sup>575</sup> - ونفس الموقف نجده عند المشرع المغربي إذ تنص المادة 739 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: "يسأل أجبر العمل عن فعل وعن خطأ الأشخاص الذين يحلهم محلّه في أدائه أو يستخدمهم أو يستعين بهم فيه في نفس الحدود التي يسأل فيها عن فعل أو خطأ نفسه. إلا أنه إذا اضطر، بسبب طبيعة الخدمات أو العمل موضوع العقد إلى الاستعانة بأشخاص آخرين، فإنه لا يتحمل بأية مسؤولية إذا أثبت: أولاً: أنه بذل في اختيار هؤلاء الأشخاص والرقابة عليهم كل ما يلزم من العناية؛ ثانياً: أنه فعل من جانبه كل ما يلزم لمنع الضرر أو لدرء عواقبه".

وبذلك يكون المشرع قد حملَ المقاول الأصلي صراحة المسؤولية عن فعل المقاول الفرعي اتجاه صاحب المشروع. فمجرد تضرر هذا الأخير من عدم تنفيذ المقاول الفرعي للعمل المكلف به أو التنفيذ غير السليم له أو التأخر في تسليمه، فله مسائلة المقاول الأصلي. ويرجع أساس مسؤولية المقاول الأصلي عن فعل المقاول الفرعي، إلى حريته في اختياره لتنفيذ العمل محل المقابلة. وبما أن المقاول الفرعي لا يرتبط مع صاحب المشروع بعقد، جعل المشرع المقاول الأصلي يحل محل المقاول الفرعي في المسؤولية عن عدم التنفيذ أو الخطأ في ذلك أو التأخر في تسليم المشروع، وتحميله واجب تعويض الضرر لرب العمل.

وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي، فإن المادة الأولى من القانون رقم 75-1334 المؤرخ في 31 ديسمبر 1975 المنظم للتعاقد الفرعي، السالف الذكر، تنص على ما يلي " المقابلة الفرعية، في مفهوم هذا القانون، العملية التي يعهد بواسطتها مقاول أصلي، وتحت مسؤوليته، إلى شخص آخر يسمى مقاولاً من الباطن بالتنفيذ الكلي أو الجزئي لعقد المقابلة أو بالتنفيذ الجزئي فقط للصفحة المبرمة مع رب العمل"<sup>576</sup>. ومن ثم، جعل المقاول الأصلي مسؤولاً عن المقاول الفرعي ويحل محله في تعويض الضرر اللاحق بصاحب المشروع، كون أن خطأ المقاول الفرعي المتمثل في عدم تنفيذ العمل أو تنفيذه بشكل معيب أو التأخر في التنفيذ يؤدي إلى الإضرار بصاحب المشروع، فيقع على عاتق المقاول الأصلي حسن اختيار من يكلفه بإنجاز العمل في إطار المقابلة الفرعية. ويسأل المقاول الأصلي عن فعل المقاول الفرعي، حتى وإن لم يرتكب أي خطأ وأن عدم تنفيذ الأشغال كان بتقصير من المقاول الفرعي، ما دام أن المقاول الأصلي هو من تعاقد مع صاحب المشروع، كما أنه ملزم بتحقيق نتيجة في إتمام إنجاز العمل محل التعاقد، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية<sup>577</sup>.

<sup>576</sup> - Art. 1<sup>er</sup>, L. n° 75-1334, du 31 décembre 1975 « Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité,... ».

<sup>577</sup> - Cass. civ. 9 septembre 2009, RDC 2010, p. 70, note S. CARVAL : « La responsabilité contractuelle de l'entrepreneur principal est engagée vis-à-vis du maître de l'ouvrage, peu important

وكمبدأ عام، يبقى المقاول الأصلي مسؤولاً عقدياً تجاه صاحب المشروع عن عدم تنفيذ الالتزام محل التعاقد الأصلي أو عن التنفيذ المعيب أو المخالف لبود العقد حتى لو كان عدم التنفيذ ناتج عن فعل المقاول من الباطن، ويكمن الهدف من وراء تقرير مسؤولية المقاول الأصلي عن فعل الغير في منع المقاول الأصلي من دفع مسؤوليته أمام صاحب المشروع عن عدم تنفيذ العمل بسبب خطأ المقاول الفرعي<sup>578</sup>. وبالتالي، لا يجوز معاملة فعل المقاول الفرعي كخطأ صادر من الغير أو كسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، بل أن تقرير هذه المسؤولية هي جزء من تنفيذ العقد الأصلي المبرم بين المقاول الأصلي وصاحب المشروع<sup>579</sup>. على أن مسؤولية المقاول الأصلي عن أخطاء المقاول الفرعي لا ينبغي أن تفهم على أنها مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، لأن هذا الأخير يعمل مستقلاً ومنفصلاً عن المقاول الأصلي. ومن ثم، فإن مسؤولية المقاول الأصلي هي مسؤولية عقدية تنشأ عن العقد الأصلي على أساس أن كل فعل يصدر عن المقاول الفرعي يعد بالنسبة إلى صاحب المشروع فعلاً صادراً عن المقاول الأصلي، فكان منطقياً حمله محل المقاول الفرعي في مسؤوليته تجاه رب العمل.

وإذا كان المقاول الأصلي يسأل عن فعل المقاول الفرعي اتجاه صاحب المشروع، فإنه لا يعد مسؤولاً عن أخطاء مقاوله الفرعي اتجاه الغير. فإذا ما ارتكب المقاول الأصلي خطأً بمناسبة تنفيذ العقد الفرعي وسبب خطئه ضرراً للغير، فإنه هو من يتحمل عبء إصلاح الضرر ويسأل بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية<sup>580</sup>.

---

*que sa faute ne soit pas établie et que l'inexécution soit le fait d'un sous-traitant, dès lors qu'il est le seul cocontractant du maître et qu'il est tenu d'une obligation de résultat ».*

<sup>578</sup> - G. VINEY, *Sous-traitance et responsabilité civile*, in *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, (sous la direction de G. Gavaldà), Economica éd., 1978, p. 44, n° 15, p. 53 : « *La responsabilité de l'entrepreneur principal vis-à-vis du maître de l'ouvrage pour les malfaçons affectant les prestations sous-traitées doit en effet être conçue comme une véritable responsabilité contractuelle pour autrui, ce qui n'empêche pas d'ailleurs que la qualification du contrat principal dont elle sanctionne l'inexécution n'influence son régime* ».

<sup>579</sup> - آمنة سميع، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، المرجع السالف الذكر، ص. 375.

<sup>580</sup> - H. LÉCUYER, S. DANNA et G. LESAGE, *op. cit.*, n° 99, p. 2824-11 « *En vertu des dispositions de l'article 1382 du code civil, l'entrepreneur principal n'est pas délictuellement responsable, envers les tiers, des dommages causés par son sous-traitant. Par contre, si l'entrepreneur principal*

## الفرع الثاني: شروط قيام المسؤولية العقدية للمقاول الأصلي عن فعل المقاول الفرعي

لمسائلة المقاول الأصلي مسؤولية عقدية عن فعل المقاول الفرعي اتجاه صاحب المشروع، لابد من توافر الشروط التالية:

### أ- ضرورة وجود عقد صحيح بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن

يعتبر وجود عقد صحيح بين المسؤول عن الضرر والمضروب شرطاً بديهياً لقيام المسؤولية العقدية، بحيث لا يترتب أي أثر قانوني قبل التعاقد، أو عن مرحلة التفاوض السابقة للتعاقد.

ولا يكفي لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد بين المسؤول والمضروب، وإنما يشترط قيام العقد وبقائه والإخلال به أثناء سريانه، كما يجب أن يكون العقد صحيحاً ولا يسقط تحت طائلة البطلان. ويبطل العقد إذا تخلف ركن من أركانه أو كان معيباً، فيعتبر في حكم العدم. أما إذا كان العقد قابلاً للإبطال، فطالما أنه لم يحكم بإبطاله فهو صحيح. وإذا أخل أحد المتعاقدين فيه بتنفيذ التزامه كان مسؤولاً مسؤولية عقدية. ولكن إذا قضي بإبطاله فإنه ينهار، ويعتبر كأن لم يكن والمسؤولية التي تنشأ عنه تكون مسؤولية تقصيرية<sup>581</sup>. ويسري البطلان متى حكم به، سواء كان بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً، بأثر رجعي فيمحو كل الآثار الناجمة من انعقاد العقد.

وقد تقوم المسؤولية في حالة عدول أحد المتعاقدين وامتناعه عن إبرام العقد، وذلك إذا اقترن هذا العدول بخطأ قد يلحق ضرراً بالطرف الآخر كخسارة في النفقات وفوات الربح، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية تقصيرية أساسها الفعل غير المشروع. ويتحقق الخطأ عن طريق إثبات أن العدول عن التعاقد لم يكن لعلّة ظاهرة وجدية، وعندئذ يكون للطرف الآخر

---

*comme lui-même une faute a l'origine du dommage subi par les tiers dans le cadre de l'exécution des travaux sous-traités, les règles de la responsabilité délictuelle reprennent leur emprise ».*

<sup>581</sup>- علي سليمان، المرجع السالف الذكر، بند 94، ص. 121.

الحق في طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم إتمام التعاقد<sup>582</sup>. وفي هذا السياق استبعد الفقه المصري<sup>583</sup> المسؤولية العقدية عن فعل الغير في مجال تقديم خدمات مجانية، لعدم وجود عقد بين المضرور والمدين.

وعليه، لا يسأل المقاول الأصلي عن فعل المقاول الفرعي اتجاه صاحب المشروع على أساس المسؤولية العقدية، إلا إذا كان عقد المقاوله الأصلية وعقد المقاوله الفرعية صحيحين. ويكونا كذلك متى توافرت شروط صحتها، والمبينة أعلاه<sup>584</sup>.

### ب- أن يكون سبب الضرر الذي أصاب صاحب المشروع هو خرق التزام تعاقدي

تطبق أحكام الفقرة الثانية من المادة 564 من القانون المدني والمتعلقة بحلول المقاول الأصلي محل المقاول الفرعي في مسؤوليته العقدية اتجاه صاحب المشروع، إذا لحق هذا الأخير ضرراً جراء تنفيذ عقد المقاوله، كتأخر المقاول الفرعي عن إنجاز العمل، أو تعيب العمل المسلم إلى المقاول الأصلي أو ظهور ما يهدد سلامته. وتطبق قواعد المسؤولية العقدية أيضاً عندما لا يتوافر في الضرر الحاصل، الشروط المتطلبه في الأضرار المشمولة بالضمان العشري<sup>585</sup>. بمعنى أن المقاول الفرعي غير ملزم بالضمانات التي يخضع لها

<sup>582</sup>- فاطمة متمير، المرجع السالف الذكر، ص. 33.

<sup>583</sup>- سامي محمد، المرجع السالف الذكر، ص. 261.

<sup>584</sup>- أنظر أعلاه المبحث الثاني من الفصل الأول والمتعلق بتكوين عقد المقاوله من الباطن.

<sup>585</sup>- قرر المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي مجموعة من الضمانات من أجل التشديد من مسؤولية المقاول والمهندس المعماري عن الأعمال اللذان يقومان بها بمناسبة تنفيذ مقاولات البناء من جهة، وحماية لرب العمل صاحب المشروع الذي قد لا يكون خبيراً بأعمال البناء من جهة أخرى. ومن بين هذه الضمانات هناك الضمان العشري المنصوص عليه في المادة 554 من القانون المدني التي جعل المشرع بموجبها هؤلاء الأشخاص مسؤولين بالتضامن فيما بينهما عن العيوب التي تمس متانة وصلابة البناء المشيد من قبلهما. والضمان التثائي وهو ما يسمى أيضاً بضمان كفاءة الأداء الذي يشمل الأضرار التي تمس صلابة العناصر الخاصة بتجهيز بنائة ما. أنظر في أنواع الضمان مازة حنان، ضمان العيوب في عقد مقاوله البناء، المرجع السالف الذكر، ص. 16 وما يليها.

مؤجرو العمل في عقد مقاوله البناء<sup>586</sup>. إذا كان العيب مشمولاً بأحكام الضمان المعماري فلا شك في ممارسة رب العمل هذا الضمان، لأنه معفى من إثبات الخطأ. بل أن أحكام الضمان المعماري تطبق بمجرد حدوث الضرر، المتمثل في تهدم البناء أو تعييبه أو تهديد متانته في المدة الزمنية التي يغطيها الضمان.

كما أن مسؤولية المقاول من الباطن هي دائماً مسؤولية عقدية تجاه المقاول الأصلي أساسها خرق التزام بتحقيق نتيجة<sup>587</sup>. وهذا راجع لمهنية المقاول الفرعي وخبرته في مجال أعمال البناء، فلا يمكن أن يكون التزامه إلا التزاماً بتحقيق نتيجة<sup>588</sup>. لذلك، فإن الالتزام بتحقيق النتيجة المفروض على هذا الأخير تجاه المقاول الأصلي لا يمكن إثارته من قبل صاحب المشروع. بمعنى أن العيب الذي يطرأ على العمل المصنوع من قبل المقاول الفرعي، لا يعطي الحق لرب العمل بمساءلته لانقضاء أية علاقة تعاقدية بينهما، وإنما يساءل

---

<sup>586</sup> - J.- P. KARILA, *Les responsabilités des constructeurs, op. cit.*, p. 71 : « Le sous-traitant n'est pas tenu - sous tous les régimes - aux garanties légales des locataires d'ouvrages. Sa responsabilité est donc une responsabilité de droit commun. Cette responsabilité est de nature contractuelle à l'égard de l'entrepreneur principal » et J.-P. KARILA, *Sous-traitance, paiement du sous traitant, Sous-traitance et responsabilités, op. cit.*, n° 116, p. 38: « le sous-traité est un contrat d'entreprise. La responsabilité du sous- traitant à l'égard de l'entrepreneur principal sera donc régie par le droit commun du contrat d'entreprise, alors même que le sous-traité aurait pour objet la construction d'un ouvrage immobilier, les garanties légales dérivant des articles 1792 à 1792-6 du code civil n'étant susceptibles d'application que dans les rapports du maître de l'ouvrage et du locateur d'ouvrage avec lequel il a été lié contractuellement, ou encore dans les rapports de ce dernier avec l'acquéreur de l'ouvrage et en aucun cas dans les rapports de l'entrepreneur principal et du sous-traitant ».

<sup>587</sup> - B. BOUBLI, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, n° 554, p. 79 : « La responsabilité contractuelle est applicable lorsque le dommage ne relève pas de la garantie décennale ou biennale, soit que l'ouvrage n'est pas un de ceux visés aux articles 1792 et suivants soit que les conditions relatives au désordre garanti ne sont pas réunies. Dans ce dernier cas, elle a un caractère résiduel, le sous-traitant est toujours tenu d'une responsabilité contractuelle de droit commun envers l'entrepreneur, qui est fondée sur la violation d'une obligation de résultat. Le droit commun du contrat d'entreprise met donc à la charge de l'entrepreneur une obligation de résultat, illustrée dans la construction immobilière, par la jurisprudence relative au sous-traitant qui n'est qu'un entrepreneur soumis au droit commun de la responsabilité contractuelle dans ses rapports avec le donneur d'ordres ».

<sup>588</sup> - B. KOHL, *op. cit.*, p. 92 : « A l'inverse de la jurisprudence française qui impose au sous-traitant une obligation de résultat dont il ne peut s'exonérer qu'en démontrant l'existence d'une cause étrangère libératoire. La jurisprudence belge ne semble pas soumettre le sous-traitant à un régime qui dérogerait à celui applicable à tout entrepreneur ; leur appartiendra d'exécuter leur mission avec la compétence et la diligence de tout professionnel placé dans de mêmes circonstances. Cependant, dans la mesure où le sous-traitant pourrait apparaître comme un spécialiste, une obligation de résultat pourrait être mise à sa charge ».

المقاول الأصلي على أساس مسؤوليته عن أفعاله وأفعال مقاوليه الفرعيين، وهي مسؤولية عقدية خاصة قررها المشرع حماية لرب العمل<sup>589</sup>.

### ج- تدخل المقاول الفرعي في تنفيذ عقد المقاولة

يشترط لقيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير أن يكلف هذا الغير من قبل المدين في تنفيذ الالتزام العقدي. بمعنى أن يتدخل المقاول من الباطن في تنفيذ العقد الأصلي بإرادة المقاول الأصلي المدين إلى رب العمل، لأنه وفي غياب إرادة المقاول الأصلي يندرج فعل من قام بالتنفيذ الخاطيء ضمن السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية العقدية.

ويقصد بالغير، كل الأشخاص الذين يمكن اعتبارهم أجانب عن العقد الأصلي، كالأشخاص الذين يستعين بهم المدين إلى جانبه في تنفيذ العقد وهم المقاولون الفرعيون الذين سماهم بعض الفقه بالمساعدون<sup>590</sup>. ويقصد بهم أيضا معاونون سواء أكانوا تابعين أم غير تابعين، والذين يحلون محل المدين في تنفيذ الالتزام العقدي<sup>591</sup>.

### د- عدم جواز إعفاء المقاول الأصلي عن تنفيذ الأشغال محل التعاقد الأصلي

يلتزم المقاول الفرعي، على غرار المقاول الأصلي، بتحقيق نتيجة، ومن ثم، يعفى رب العمل في مسألته للمقاول الأصلي عن فعل من قاوله من الباطن من إثبات خطأ هذا الأخير، بل يكفي إثبات تخلف النتيجة المتفق عليها في عقد المقاولة الأصلي، فمجرد عدم

<sup>589</sup> - D. GIBIRILA, *Contrat d'entreprise, Louage d'ouvrage et d'industrie, op. cit.*, n° 58, p. 16 : « Cependant, le défaut d'une pièce fabriquée par un sous-traitant en exécution d'un contrat conclu par celui-ci avec l'entrepreneur principal, ne confère pas au maitre de l'ouvrage le droit d'agir en responsabilité délictuelle contre ce sous-traitant, dès lors que cet entrepreneur s'est engagé envers lui à garantir à la fois son fait et celui de ses sous-traitants ».

<sup>590</sup> - عبد السميع الأودن، مدى مسؤولية المهندس الاستشاري مدنيا في مجال الإنشاءات، المرجع السالف الذكر، ص. 49.

<sup>591</sup> - ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السالف الذكر، بند 811، ص. 407.

تنفيذ العمل أو تأخر تسليمه يقيم المسؤولية العقدية للمقاول الأصلي، سواء كان هو من تولى شخصياً الإنجاز أو أوكله إلى غيره في المقابلة الفرعية<sup>592</sup>.

وفي هذا الشأن يمكن التساؤل، عما إذا كان بإمكان المقاول الأصلي الاتفاق مع صاحب المشروع، على إعفائه من المسؤولية عن أخطاء وأفعال المقاول من الباطن. إن مثل هذا الاتفاق غير جائز، بسبب الحكم القانوني الخاص الذي يحلّ المقاول الأصلي المسؤولية الكاملة عن أفعال المقاول الفرعي، وهو نص المادة 564 من القانون المدني السالف الذكر. ويرى الفقه<sup>593</sup> أن السبب في عدم جواز مثل هذا الاتفاق هو الدفع بالمقاول الأصلي إلى ممارسة الرقابة على أفعال المقاول من الباطن والحرص على إنجاز عمل سليم وتسليمه في الوقت اللازم. ويعد أي اتفاق يهدف إلى إعفاء المقاول الأصلي من تحمّل مسؤوليته عن أفعال مقاوليه الفرعيين، كأنه لم يكن ولا ينتج أي أثر، وهذا نتيجة مخالفته لحكم تشريعي لم يسمح المشرع للأطراف على مخالفته.

والخلاصة، أنه بتوافر الشروط المذكورة، يحلّ المقاول الأصلي محل مقاوله الفرعي في مسؤوليته العقدية اتجاه صاحب المشروع. فأمام منح المشرع الحرية للمقاول الأصلي في اختيار من يتعاقد معهم من الباطن من المقاولين في إنجاز عمل صاحب المشروع - متى خلا العقد الأصلي من شرط مانع -، فقد حمّله المسؤولية عن أفعال من تعاقد معهم من الباطن، بمجرد عدم تحقق النتيجة الملزم بها، أي إخفاقه في إنجاز العمل محل العقد حسب الاتفاق والمعايير المهنية، أو تأخره في تسليمه، دون أن يكون رب العمل ملزماً بإثبات خطأ المقاول الفرعي. ولا يكون بإمكان المقاول الأصلي التخلص من مسؤوليته حتى مع إثباته

---

<sup>592</sup>- آمنة سميع، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، المرجع السالف الذكر، ص. 380.

V. aussi, J.-P. KARILA, *Sous-traitance, Paiement du sous traitant- sous-traitance et responsabilités*, op. cit., n° 124, p. 40 : « La jurisprudence estimait que la responsabilité du sous-traitant n'était engagée à l'égard de l'entrepreneur principal qu'en cas de faute prouvée de celui-ci et de l'établissement d'un lien de causalité entre ladite faute et la malfaçon alléguée ».

<sup>593</sup>- محمد حسين منصور، المرجع السالف الذكر، ص. 115.

عدم خطئه في اختياره للمقاول من الباطن، وأنه نفذ التزامه في رقابة الانجاز والإشراف عليه.

### المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية للمقاول من الباطن

إنّ العلاقة بين المقاول من الباطن وصاحب المشروع ليست علاقة تعاقدية، على خلاف علاقته بالمقاول الأصلي، ولهذا يعتبر المقاول الفرعي من الغير بالنسبة إلى صاحب المشروع، ولا تقع مسؤولية المقاول الفرعي تجاه هذا الأخير إلاّ إذا أخل بواجب عدم الإضرار بمصالحه<sup>594</sup>. فإذا ما أخل المقاول الفرعي بهذا الواجب، تقوم مسؤوليته التقصيرية اتجاه صاحب المشروع والتي تتأسس على الإخلال بالتزام قانوني مصدره العمل غير المشروع. لذلك، يمكن لرب العمل الخيار، في حالة تضرره من فعل المقاول الفرعي، إمّا الرجوع على المقاول الأصلي بالمسؤولية العقدية عن فعل مقاوله الفرعي، كما سبق تبيانه في الفقرة المتقدمة، وإمّا الرجوع بدعوى المسؤولية التقصيرية على المقاول الفرعي مباشرة بسبب عدم تنفيذ المقاولة الفرعية. ولكن عليه إثبات الخطأ التقصيري الصادر من المقاول الفرعي وفقا للقواعد العامة.

إنّ دراسة مدى مسؤولية المقاول الفرعي تجاه رب العمل، يجعلنا نبحت في حالتين، تتمثل الحالة الأولى في مسؤولية المقاول الفرعي عن عجزه في تنفيذ الأعمال المتفق عليها (الفرع الأول)، أمّا الحالة الثانية، فتتعلق بمسؤوليته عن الأخطاء المستقلة عن عدم التنفيذ والتي تضر بصاحب المشروع (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مسؤولية المقاول من الباطن عن عدم تنفيذ العقد الفرعي

إنّ عدم تنفيذ المقاول من الباطن الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب عقد المقاولة الفرعية، يعتبر إخلالا تجاه المقاول الأصلي، الذي له أن يجبره على التنفيذ العيني متى كان

<sup>594</sup>- أحمد حماد، المرجع السالف الذكر، بند 128، ص. 187.

ممكنا أو التعويض إذا استحال التنفيذ. ويعتبر عدم التنفيذ أو تأخره سببا يؤسس لإمكانية رجوع صاحب المشروع على المقاول الفرعي متى أصابه ضررا.

غير أن خطأ المقاول من الباطن في تنفيذ العقد الفرعي، يرتب مسؤوليته التقصيرية التي قد تكون إما مسؤولية شخصية (أولا)، أو مسؤولية تضامنية (ثانيا)، أو مسؤولية تضاممية (ثالثا).

### أولا: المسؤولية الشخصية للمقاول من الباطن

إن المسؤولية عن الأعمال الشخصية هي المسؤولية التي تتعلق بالأعمال الصادرة من المسؤول نفسه، وهي مسؤولية تقوم على الخطأ الواجب الإثبات، فالخطأ هنا ليس مفترض، بل يجب على المتضرر إثباته وأنه ناجم عن خطأ المسؤول، وطبقا للقاعدة العامة المعمول بها في المسؤولية التقصيرية<sup>595</sup>.

ويقصد بالمسؤولية الشخصية للمقاول الفرعي أو المسؤولية الفردية كما يسميها البعض<sup>596</sup> تلك المسؤولية التي يتحملها المقاول من الباطن بمفرده، دون أي تضامن مع أي شخص آخر، والتي تترتب عن ارتكاب المقاول من الباطن لفعل مضر. بمعنى أن المقاول الفرعي لا يسأل عن الأخطاء المرتكبة بمناسبة تنفيذ عقد المقاولة المبرم بين المقاول الأصلي وصاحب المشروع، ولكن إذا أخل بالواجب العام المتمثل في المساس بحقوق صاحب المشروع، المنبثقة عن العقد الأصلي فإنه يكون مسؤول عن هذا الإخلال في نطاق المسؤولية التقصيرية. ويقع على رب العمل عبء إثبات الخطأ التقصيري للمقاول الفرعي، كمخالفة المقاول الفرعي للأصول الفنية في تنفيذ المشروع، أو اختيار مواد بناء ذات نوعية رديئة. ونتساءل في هذا السياق عن العيوب التي تظهر بعد التسليم، والتي تترتب المسؤولية التقصيرية للمقاول من الباطن تجاه رب العمل.

<sup>595</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، بند 523، ص. 877.

<sup>596</sup>- أمانة سميع، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، المرجع السالف الذكر، ص. 384.

لقد سبق الذكر، أن المقاول الفرعي ليس مخاطبا بأحكام المسؤولية العشرية عن الأضرار والعيوب التي تطرأ على البناء بعد التسليم. وبالتالي، يمكن أن يساءل على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية التي تمتد مدة تقادمها إلى خمسة عشرة سنة تطبيقاً للقواعد العامة، تبتدئ من يوم وقوع الضرر<sup>597</sup>. تطبيقاً لذلك، يجوز لصاحب المشروع أن يرجع مباشرة على المقاول الفرعي بدعوى المسؤولية التقصيرية، وبطبيعة الحال، يحق له ذلك في حالة انقضاء دعوى الضمان العشري تجاه المقاول الأصلي التي تتقادم بمضي ثلاثة سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب، تطبيقاً لنص المادة 557 من القانون المدني<sup>598</sup>، ولم يعد له الحق في طلب التعويض، فيرجع مباشرة على المقاول الفرعي بالمسؤولية التقصيرية كونه المتسبب بالخطأ التقصيري.

### ثانياً: المسؤولية التضامنية للمقاول من الباطن

تقوم المسؤولية التضامنية للمقاول من الباطن في حالة تعدد المقاولين الفرعيين المرتبطين مباشرة بعقد المقاولة الأصلي، واشتراكهم في نفس المشروع<sup>599</sup>، وذلك تطبيقاً لنص

---

<sup>597</sup>- المادة 133 ق. م. ج. المعدلة بموجب المادة 38 من القانون رقم 05-10، السالف الذكر، التي نصت على ما يلي: "تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمس عشرة (15) سنة من يوم وقوع الفعل الضار".

<sup>598</sup>- تنص المادة 557 ق. م. ج. على ما يلي: "تتقادم دعاوى الضمان المذكور أعلاه بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب".

<sup>599</sup>- B. BONHOMME, *op. cit.*, n° 91, p. 31: « Il convient, toutefois de bien comprendre la portée de cette solidarité: elle ne concerne que les rapports entre contractant commun et contractants joints et ne s'étend pas, en principe, aux relations nées de contrats accessoires au co-contrat : ni les tiers, ni les co-contractants entre eux dans leurs actions récursoires, ne peuvent s'en prévaloir (pour une application à une co-traitance de marché) ».

المادة 126 من القانون المدني، المعدلة<sup>600</sup>، والتي نصّت على ما يلي "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض". إذ اعتبر المشرع المشتركين في إحداث الضرر بخطئهم مسؤولين عن فعلهم الضار، فألزمهم بالتعويض على سبيل التضامن فيما بينهم.

ويشترط الفقه<sup>601</sup> لقيام التضامن بين المسؤولين المتعددين عن الفعل الضار، أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ، واستطاع المضرور أن يثبت خطأ كل منهم، فإذا لم يستطع إثبات خطأ أحدهم أو أكثر، فإنه لا يكون مسؤولاً، وبالتالي لا يكون متضامناً في التعويض. وأن يكون الخطأ الذي ارتكبه كل منهم سبباً في إحداث الضرر، وأن يكون الضرر الذي أحدثه أحدهم هو ذات الضرر الذي أحدثه الآخر، أي أن يكون الضرر الذي وقع منهم ضرراً موحداً. فإذا توافرت هذه الشروط كان المسؤولون المتعددون مسؤولين بالتضامن عن كامل التعويض، ويمكن للمضرور أن يرجع على المسؤولين المتضامنين، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي كقاعدة عامة، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض<sup>602</sup>.

بمعنى، أن مسؤولية المقاول الفرعي تجاه رب العمل هي مسؤولية تقصيرية، وتضامن المسؤولين في هذه المسؤولية مقرر بموجب حكم عام، وهو نص المادة 126 من القانون المدني. أما التضامن في المسؤولية العقدية، أي في علاقة المقاول الأصلي بمقاوليه الفرعيين اتجاه رب العمل، فلا يفترض بل لا بد من الاتفاق أو النص عليه، طبقاً للمادة 217 من نفس القانون التي تنص على ما يلي "التضامن بين الدائنين أو بين المدنيين لا

<sup>600</sup>- بموجب المادة 38 من القانون رقم 05-10، السالف الذكر.

<sup>601</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السالف الذكر، بند 1048، ص. 620 وعلي سليمان، المرجع السالف الذكر، بند 124، ص. 199.

<sup>602</sup>- هذا الاستثناء يطبق في حالة ما إذا كان خطأ أحد المتضامنين جسيماً، أنظر علي سليمان، المرجع السالف الذكر، بند 125، ص. 201.

يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون". لذلك، نص المشرع الجزائري صراحة على مسألة تضامن المقاول والمهندس المعماري في المسؤولية تجاه رب العمل، وذلك بموجب المادة 554 من القانون المذكور، لأنهم مسؤولون مسؤولية عقدية تجاهه، أما اتجاه الغير فمسؤوليتهم مسؤولية تقصيرية، وتضامن المسؤولون عن الضرر مقرر بموجب حكم عام، كما ذكرنا<sup>603</sup>.

وبالرجوع إلى القانون رقم 11-04 المتعلق بالترقية العقارية في مادته 45، السالف الذكر، نجدها تنص على مبدأ تضامن المقاولين الفرعيين حيث نصت " دون الإخلال بالأحكام السارية في القانون المدني وقانون العقوبات والمتعلقة بتطبيق الأحكام المتضمنة في هذا الفصل، يعد باطلاً وغير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون، وتلك المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها، سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين الثانويين (المقصود المقاولين الفرعيين) مع المرقى العقاري". على أن النص القانوني يقصد تضامن المقاولين الفرعيين فيما بينهم، وليس مع المرقى العقاري، لأنهم مسؤولون تجاه المقاول الأصلي، ولا تربطهم أي علاقة تعاقدية مع المرقى العقاري. والدليل على ذلك نص المادة 16 من نفس القانون، التي تلزم المرقى العقاري بإبرام عقد مقولة مع مقاول البناء، الذي بدوره يمكنه التعاقد مع مقاولين فرعيين من أجل مساعدته في إنجاز المشروع، حيث نصت على ما يلي " كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بمشروع عقاري معد للبيع أو الإيجار، ملزم بالاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانوناً حسب أهمية المشروع العقاري، وتؤسس العلاقة بين الطرفين بعقد مقولة يبرم بعد الحصول على عقود التعمير

---

<sup>603</sup> - Ph. Le TOURNEAU, J. FISCHER et E. TRICOIRE, *Principaux contrats civils et commerciaux*, op. cit., p. 141: « En principe la solidarité n'existe pas en matière contractuelle. Toutefois, il en ira souvent différemment : -a) parce que la solidarité a pu être stipulée. -b) Car la solidarité est présumée en matière commerciale. -c) Ou de plein droit, de par la loi (certains fabricants ou fournisseurs de composants sont solidairement responsables avec les constructeurs : C. civ., art. 1792-4). -d) Enfin, parce que la jurisprudence admet qu'il puisse y avoir condamnation in solidum de deux débiteurs tenus à des titres différents (l'un délictuellement, l'autre contractuellement), et en vertu de deux contrats différents, par exemple un architecte et un entrepreneur envers le maître de l'ouvrage, entre un commissaire-priseur et un expert, ou entre un fabricant et un ingénieur conseil ».

المطلوبة. تحدد كليات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم". وبالتالي، فإن المقاولون الثانويين يكونون مسؤولون بالتضامن تجاه المقاول الأصلي وليس تجاه المرفق العقاري، لأن هذا الأخير هو في مركز صاحب المشروع في العلاقة العقدية، ولا يمكن من الناحية المنطقية أن يتضامن المقاولون الفرعيين معه في التعويض.

تبعاً لذلك، وبالنسبة للمسؤولية التضامنية للمقاولين من الباطن، فيمكن معاينتها إما في إطار تجمع المقاولات، وإما في إطار المقاولات الفرعية المتسلسلة. ففيما يخص تجمع المقاولات، فإن المقاولين من الباطن أعضاء التجمع، سواء بالمشاركة أو بالتضامن، يسألون بالتضامن أمام صاحب المشروع، ويرجع ذلك إلى افتراض التضامن في التجمع<sup>604</sup>. على أن لرب العمل الرجوع على المقاول من الباطن المتسبب في الضرر -في إطار تجمع المقاولين من الباطن بالمشاركة- وعلى المقاول المشترك معاً بالتضامن. أما في تجمع المقاولين من الباطن التضامني، فله الرجوع على كل المقاولين من الباطن أعضاء هذا التجمع، لأن كل مقاول من الباطن في إطار هذا التجمع يكون مديناً بمجموع التعويض لمصلحة رب العمل في حالة إصابته بضرر جراء خطأ أحد المقاولين الفرعيين.

ويلاحظ بأن المشرع الفرنسي جاء بأحكام خاصة في هذا المجال، إذ اعتبر كل صانع لعمل أو جزء من عمل أو لأي منتج، مسؤولاً عن الأضرار التي لحقت الغير جراء استخدام ما صنعه على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية<sup>605</sup>. ويسأل كذلك، المقاول من الباطن باعتباره منجزاً لأعمال معمارية وصانعاً للتجهيزات مع المقاول الأصلي في القانون

---

<sup>604</sup> - تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري نص صراحة على هذا النوع من المقاولات في تشريع الصفقات العمومية، أين سمّاه "بالتجمع المؤقت للمؤسسات"، وقد يكون هذا التجمع، إما بالتضامن أو بالمشاركة، وذلك حين تحديده لصفات المتعامل المتعاقد مع الإدارة، المادة 81 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر، ولا مانع من إتباع طريقة التجمع بالمشاركة أو بالتضامن في التعاقد الفرعي في المقاولات الخاصة.

<sup>605</sup> - Dict. perm. dr. aff., *Sécurité des produits et des services*, 2006, n° 37, p. 2750 : « Lorsqu'un produit ou service cause un accident à un tiers, le fabricant ou le prestataire de service peut être poursuivi en réparation du préjudice causé sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle » et A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 874, p. 425.

الفرنسي تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة 1792-4 من القانون المدني التي نصت على أن " كل صانع لعمل، أو لجزء من عمل، أو لعنصر تجهيزي فيه، صمم وأنتج كي يفي بأغراض خاصة به، مقررة ومحددة سلفاً، يكون مسؤولاً بالتضامن مع مؤجر العمل الذي قام بتركيب هذه الأشياء، عن الالتزامات التي تفرضها المواد 1792، 1972-2، 1792-3 على عاتق هذا الأخير متى كان هذا التركيب قد تم دون تعديل فيها، وكان مطابقاً للقواعد والتعليمات التي وضعها الصانع نفسه. ويكون في حكم الصانع تطبيقاً لهذه المادة مستورد العمل، أو جزء من العمل أو عنصراً تجهيزياً له، صنع بالخارج. ويعد كذلك، الذي يقدم العمل على أنه من صنعه، وذلك بوضع اسمه، أو علامة إنتاجه، أو أي علامة أخرى مميزة له عليه"<sup>606</sup>.

وإذا رجعنا إلى المواد المشار إليها، نجد أنها تلزم الصانع بالمسؤولية الخاصة بما فيها المسؤولية العشرية والمسؤولية الثنائية. إذ أن المادة 1792 تخص المسؤولية العشرية عن الأضرار اللاحقة بالعناصر التجهيزية أو التأسيسية للبناء، ومتى ترتب على ذلك أن يصبح العمل غير صالح للهدف الذي شيد من أجله، تقوم المسؤولية العشرية. أما المادة 1792-2 فتخص المسؤولية العشرية عن الأضرار التي تلحق بالعناصر التجهيزية التي تندمج في البناء، ولا تنفصل عنه دون تلف. بمعنى الأضرار أو الخلل الذي يعوق جودة تشغيل أحد العناصر التجهيزية الملحقة بالمباني. أما المادة 1792-3 فخصت ضمان كفاءة الأداء بالنسبة لعناصر التجهيز والإعداد في المبنى، والذي يمتد لمدة لا تقل عن سنتين من تاريخ تسلمها.

فمتى كان المقاول الفرعي صانعاً، يتولى إنجاز عمل أو جزء منه أو لعنصر تجهيزي فيه، والذي يقوم المقاول الأصلي بتركيبه، يسأل تضامنياً معه، أي أن المشرع الفرنسي رتب

---

<sup>606</sup> - Art. 1792-4 C. civ. fr. : « Le fabricant d'un ouvrage, d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance, est solidairement responsable des obligations mises par les articles 1792, 1792-2 et 1792-3 à la charge du locateur d'ouvrage qui a mis en œuvre, sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant, l'ouvrage, la partie d'ouvrage ou élément d'équipement considéré.

Sont assimilés à des fabricants pour l'application du présent article : Celui qui a importé un ouvrage, une partie d'ouvrage ou un élément d'équipement fabriqué à l'étranger ; Celui qui l'a présenté comme son œuvre en faisant figurer sur lui son nom, sa marque de fabrique ou tout autre signe distinctif ».

المسؤولية التضامنية للمقاول الفرعي الصانع لتجهيزات مع مقاول البناء، وتكون هذه المسؤولية إما عشرية عن الأضرار التي تؤثر في العناصر التجهيزية في العمل، وتجعلها غير صالحة لتحقيق الغرض الذي صنعت من أجله، وكذا عن الأضرار التي تصيب العناصر التجهيزية التي تندمج في البناء ولا تتفصل عنه دون تلف. وإما مسؤولية ثنائية ترد على عناصر التجهيز أو الإعداد في المبنى، والتي لا تشكل وحدة غير قابل للانفصال عن المبنى<sup>607</sup>. ولقد حصر المشرع الفرنسي طائفة الصناع المسؤولين بالتضامن مع المقاول الأصلي في صانع العمل، وصانع جزء من عمل وصانع عنصر تجهيزي في العمل. وقد أخضعهم المشرع الفرنسي لهذا النوع من المسؤولية الصارمة حتى يدفع كل من يساهم بمنتجاته الصناعية سواء كان صانعا أو مستوردا أو موزعا إلى العناية بجودة هذه المنتجات. كما نجد المسؤولية التضامنية للمقاول الفرعي الصانع مع المقاول الأصلي سندا في التطور الصناعي الذي شهده مجال الإنشاءات والبناء، فمتى كان المقاول الفرعي صانعا لهذه المنتجات كان ضامنا لها، ومسؤولا عنها بالتضامن مع مركبيها<sup>608</sup>.

وبالتالي، فإن العيوب التي يعتبر المقاول الفرعي مسؤولا عنها بالتضامن مع المقاول الأصلي في القانون الفرنسي هي:

- الأضرار التي تجعل العمل غير صالح لتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله، وتأسيس ذلك، أن العيب الذي يُخرج البناء عن مجال تحقيق غرضه لا يقل أهمية عن ذلك العيب الذي يهدد متانته وسلامته<sup>609</sup>.

- الأضرار التي تصيب العناصر التجهيزية المندمجة في البناء، وغير القابلة للانفصال، كالعناصر التي تندمج في الأساسات أو في الهيكل الإنشائي. وهذا ما نص عليه

---

<sup>607</sup> - Art. 1792-3, C. civ. fr., *préc.*

<sup>608</sup> - لقد انتشرت صناعة المنازل، أو الأجزاء منها السابقة التجهيز أو التصنيع، بحيث أصبح تدخل المقاول يقتصر على تركيب أجزاء هذه المباني.

<sup>609</sup> - عبد الرزاق حسين يسين، المرجع السالف الذكر، ص. 819.

المشروع الجزائري في المادة 181 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم<sup>610</sup>، التي نصت على ما يلي " يغطي الضمان المشار إليه في المادة 178 أعلاه أيضا، الأضرار المخلّة بصلاصة العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما، عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس والهيكل والإحاطة والتغطية. يعتبر جزءا لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو استبداله دون إتلاف أو حذف مادة من مواد الإنجاز". والمقصود بالضمان المشار إليه في المادة 178 من القانون المذكور، الضمان العشري الذي يلتزم به كل من المقاول والمهندس المعماري والمراقب التقني<sup>611</sup>.

أما الأعمال التي تشكل محل ضمان كفاءة الأداء، والتي يسأل المقاول الفرعي الصانع عنها بالتضامن مع المقاول الأصلي، هي عناصر التجهيز أو الإعداد بالمبنى، والتي تكون قابلة للانفصال عن البناء دون تلف<sup>612</sup>.

### ثالثا: المسؤولية التضاممية للمقاول الفرعي مع المقاول الأصلي اتجاه صاحب المشروع

يقصد بالالتزام التضاممي، الالتزام الذي يقوم على تعدد المدينين، مع التزام كل منهم أمام الدائن بالدين كلّه، وتكون ديونهم متميّزة عن بعضها البعض، لتعدد مصادرها، وإن

---

<sup>610</sup>- بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، السالف الذكر.

<sup>611</sup>- تنص المادة 178 من الأمر رقم 95-07، السالف الذكر، على ما يلي: " يجب على المهندسين المعماريين والمقاولين وكذا المراقبين التقنيين اكتتاب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني، على أن يبدأ سريان هذه العقد من الاستلام النهائي للمشروع. ويستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع و/أو ملاكيه المتتاليين إلى غاية انقضاء أجل الضمان".

<sup>612</sup> - Art. 1792-2 C. civ. fr., préc.

تمثلت في أداءات متماثلة، حيث تتجه جميعها إلى غرض واحد وهو إشباع حاجة الدائن، ويقع ذلك إما بالصدفة، وإما على إثر ظروف لا دخل للدائن بها<sup>613</sup>.

تبعا لذلك، تفترض المسؤولية التضاممية مشاركة عدة مسؤولين في إحداث ضرر واحد، ويملك المتضرر حق رفع الدعوى ضد كل من تسبب في إحداث الضرر من أجل تعويضه عن الضرر بكامله، ودون تقسيم المسؤولية بينهم، إذ ليس للمضرور أن يجزئ رجوعه على أحد المتسببين في الضرر، كما ليس له أن يرفع الدعوى ضد جميع المسؤولين<sup>614</sup>.

وتطبيقا لما سبق، يسأل المقاول الفرعي والمقاول الأصلي، على أساس المسؤولية التضاممية *in solidum*<sup>615</sup> تجاه صاحب المشروع عن تعويض الضرر الذي يصيبه جراء عدم تنفيذ العمل<sup>616</sup>. على أنه يمكن أن يكون طرف مسؤول مسؤولية عقدية اتجاه رب العمل كما هو حال المقاول الأصلي، والآخر مسؤول تقصيريا، كما هو حال المقاول الفرعي.

وبالتالي، فإن المسؤولية التضاممية للمقاول الفرعي والمقاول الأصلي تقوم على وجود مدينين أحدهما مسؤول عقديا والآخر مسؤول تقصيريا والذي يكون شارك في عدم تنفيذ الالتزام العقدي وحصول الضرر بفعله الضار، ويتم التعويض في هذه المسؤولية بالنسبة لمرتكب الخطأ العقدي -المقاول الأصلي- عن الضرر المتوقع، أما مرتكب الخطأ التقصيري -المقاول الفرعي- فيكون مسؤولا عن الضرر غير المتوقع مادام أنه ضرا

---

<sup>613</sup> - أحمد حماد، المرجع السالف الذكر، بند 152، ص. 220.

<sup>614</sup> - أمانة سميع، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، المرجع السابق الذكر، ص. 402.

<sup>615</sup> - وهو ما يسميه البعض بالمسؤولية المجتمعة، أنظر في هذا الموضوع، نعيم مغيب، المرجع السالف الذكر، ص. 54.

<sup>616</sup> - J.-P. KARILA, *Sous-traitance, Paiement du sous traitant, Sous-traitance et responsabilités*, op. cit. , n° 180, p. 57 : « La contribution à la réalisation d'un même préjudice génère l'obligation in solidum. Entrepreneur principal et sous-traitant peuvent donc être déclarés sur des fondements juridiques différents responsables in solidum et en tout cas être condamnés in solidum à réparer le préjudice subi par le maître de l'ouvrage ».

مباشراً. إذ تقوم المسؤولية التضاممية بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي في ما يشتركان في التعويض عنه وهو الضرر المتوقع، وينفرد المقاول الفرعي مرتكب الخطأ التقصيري بالمسؤولية عن الضرر غير المتوقع. ومثال ذلك، تموين المقاول المشروع بسلع مغشوشة وإنجاز المقاول الفرعي البناء بطريقة غير صحيحة<sup>617</sup>. على أن الالتزام التضاممي بين المقاول الأصلي ورب العمل لصالح المقاول الفرعي لا يتقرر بقوة القانون، وإنما يجب أن يختصم المقاول الفرعي في دعواه المباشرة المقاول الأصلي، بالإضافة إلى صاحب المشروع لكي يصدر الحكم بالتزامهما معاً بالتضام بكل الدين<sup>618</sup>.

وفي الأخير يمكن القول، أنه عند تعدد الأفعال المسؤولة عن إحداث الضرر، أي وجود خطأ تعاقدية مع خطأ تقصيري، كما هو الحال بالنسبة لمسؤولية المقاول الأصلي التي تكون مسؤولية عقدية اتجاه رب العمل، ومسؤولية المقاول من الباطن تكون مسؤولية تقصيرية.

### الفرع الثاني: مسؤولية المقاول من الباطن عن الأضرار التي تلحق بصاحب المشروع والمستقلة عن عدم التنفيذ

قد يرتكب المقاول من الباطن أخطاء لا علاقة لها بتنفيذ المشروع موضوع العقد الفرعي، فتقوم مسؤوليته التقصيرية إذا أضرت هذه الأخطاء بصاحب المشروع الملزم بإثباتها حتى يحصل على التعويض. تقوم المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي إما على أساس خطئه (أولاً)، وإما على أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه (ثانياً)، وإما على أساس حراسة الأشياء (ثالثاً).

### أولاً: مسؤولية المقاول من الباطن على أساس خطئه

<sup>617</sup> - B. SABLIER, J.-E. CARO et S. ABBATUCCI, *op. cit.*, p. 289 : « Il est à noter que l'entrepreneur principal et le sous-traitant peuvent être condamnés in solidum sur des fondements juridiques différents, à réparer le préjudice subi par le maître de l'ouvrage. Mais la responsabilité du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage étant quasi délictuelle, en principe la police d'assurance responsabilité décennal du sous-traitant ne s'applique pas ».

<sup>618</sup> - أحمد حماد، المرجع السالف الذكر، بند 152، ص. 223.

تنص المادة 124 من القانون المدني على ما يلي " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"<sup>619</sup>.

تطبيقا للقواعد العامة، تقوم مسؤولية المقاول من الباطن عن أفعاله الشخصية الخاطئة، والناجمة عن إهماله في تنفيذ العقد، ولاسيما عن عدم اتخاذ تدابير الأمن والسلامة المشترطة في ورشة البناء. وتقوم هذه المسؤولية إذا توافرت شروطها، وهي وقوع الخطأ الذي يقصد به الإخلال بالتزام قانوني<sup>620</sup>، وحصول الضرر، ووجود العلاقة السببية بينهما، أي لا بد أن يكون الخطأ هو الذي أدى إلى وقوع الضرر. ويستوي في قيام المسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي، الإضرار برب العمل أو الإضرار بالغير، إذ يعد رب العمل في منزلة الغير بالنسبة إلى المقاول الفرعي. وتقوم هذه المسؤولية على أساس الخطأ الواجب الإثبات، إذ يتعين على رب العمل أو الغير، أي المتضرر إقامة الدليل على وجود الخطأ التقصيري في حقه حتى يحصل على التعويض<sup>621</sup>.

ومهما كانت صفة المتضرر، فلا يحق له مساءلة المقاول الأصلي على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية الناجمة عن الأخطاء التي ارتكبتها مقاوله الفرعي. فيبقى هذا الأخير مسؤولا مسؤولية شخصية اتجاه الغير في حالة ارتكابه خطأ تقصيريا ألحق بهم ضررا، ولا

---

<sup>619</sup>- المعدلة بموجب المادة 35 من القانون رقم 05-10، السالف الذكر.

Concernant le droit français, v. art. 1382 C. civ.: « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

<sup>620</sup>- لا يرتب خطأ المقاول الفرعي المسؤولية التقصيرية إذا حدث نتيجة ظروف مبررة، كحالة الضرورة وحالة الدفاع الشرعي، وأوامر القانون ورضا المتضرر. كأن يضطر المقاول الفرعي إلى إتلاف بعض مواد البناء كالرمل والماء من أجل إطفاء حريق أو نيران مشتعلة في مواد أخرى كالخشب أو البلاستيك الموجود في الورشة. أنظر محمود جلال حمزة، المرجع السالف الذكر، بند 61، ص. 64.

<sup>621</sup>- B. SABLIER, J.-E. CARO et S. ABBATUCCI, *op. cit.*, p. 289.

يمكن إثارة مسؤولية المقاول الأصلي، مادام أنه لم يرتكب أي خطأ ولم يساهم بفعله أو بفعل تابعيه من العمال في إحداث الضرر اللاحق بالغير<sup>622</sup>.

وتنتفي مسؤولية المقاول من الباطن التقصيرية، تطبيقاً للقواعد العامة، إذا نشأ الضرر عن قوة قاهرة، أو حادث مفاجئ أو خطأ رب العمل نفسه أو خطأ الغير. فإذا أثبت المقاول الفرعي أن الضرر المدعى به هو من فعل صاحب المشروع أو من فعل الغير، فلا تترتب المسؤولية على عاتقه<sup>623</sup>.

### ثانياً: مسؤولية المقاول من الباطن باعتباره متبوعاً

يمكن للمقاول من الباطن أن يتعاقد مع أشخاص آخرون من أجل القيام بأعمال البناء، وذلك بموجب عقود عمل، فيكون هؤلاء تابعين له، ويكون المقاول من الباطن مسؤولاً عن أخطائهم متى وقعت بمناسبة تأديتهم لأعمالهم أو بسببه، وهذا تطبيقاً لنص المادة 136 من القانون المدني، المعدلة<sup>624</sup>، التي تنص على ما يلي " يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها. وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

---

<sup>622</sup> - Cass. civ., 22 septembre 2010, Rev. Cont. conc. consom. 2010, n° 12, note L. Leveneur : « L'entrepreneur principal n'est pas responsable envers les tiers des dommages causés par son sous-traitant dont il n'est pas le commettant » et Cass. civ. , 8 septembre 2009, RDC 2010, p. 70, note S. Carval : « L'entrepreneur principal n'est pas délictuellement responsable, envers les tiers, des dommages causés par son sous-traitant ».

<sup>623</sup> - المادة 127 ق. م. ج.، السالفة الذكر.

<sup>624</sup> - المعدلة بموجب المادة 41 من القانون رقم 05-10، السالف الذكر.

تطبيقاً لذلك، وحتى تتحقق مسؤولية المقاول الفرعي باعتباره متبوعاً<sup>625</sup>، يجب توافر شروط مسؤولية المتبوع وفقاً للقواعد العامة والتي تتمثل في ثبوت العلاقة التبعية، وخطأ التابع في تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها.

وفي ما يخص علاقة التبعية، فهي تقوم على عنصرين هما، عنصر السلطة الفعلية التي تكون للمتبوع على التابع أساسها عقد العمل. وعنصر الرقابة والتوجيه المخول للمقاول الفرعي باعتباره رب العمل وفقاً لمبدأ الخضوع القانوني. وتكون الرقابة على نوعين، رقابة عامة تقتصر على مجرد تنفيذ شروط العقد ومراعاة الأصول الفنية. ورقابة تمتد إلى التدخل في وسائل تنفيذ العمل وطريقة أدائه، وبذلك فهي تعتبر بمثابة توجيه للعمل، لا مجرد رقابة عليه، وهذه تتحقق معها التبعية<sup>626</sup>. غير أن المشرع حذف عبارة سلطة الرقابة والتوجيه التي كانت تنص عليها المادة قبل التعديل<sup>627</sup>. إذ كان ينص المشرع على أن رابطة التبعية تقوم متى كان للمتبوع هذه السلطة على التابع، فأصبح ينص على أن علاقة التبعية تتحقق متى كان التابع يعمل لحساب المتبوع، فلم يعد يشترط لقيام تلك الرابطة سلطة الرقابة والتوجيه. وحتى تقوم مسؤولية المقاول الفرعي، لا بد أن يكون العمال الذين تسببوا في إحداث الأضرار تابعين له، أي يعملون لحسابه.

كما يعتبر خطأ التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها، أو بمناسبةها شرطاً وسبباً لتحقيق مسؤولية المقاول من الباطن. ويقصد من حالة تأدية الوظيفة أو بسببها أي خلال

---

<sup>625</sup>- يعرف المتبوع بأنه: الشخص الذي يستخدم أشخاصاً يعملون لحسابه ولفائدته وتكون له عليهم سلطة إصدار التعليمات والأوامر فيما يتعلق بطريقة قيامهم بالمهام والواجبات المعهود إليهم أمر القيام بها". أنظر ياسين محمد الجبوري، المرجع السالف الذكر، بند 1236، ص. 640.

<sup>626</sup>- ياسين محمد الجبوري، المرجع السالف الذكر، بند 1239، ص. 641.

<sup>627</sup>- نصت المادة 136 ق. م. ج. قبل تعديلها بموجب القانون رقم 05-10، السالف الذكر على ما يلي: "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقفاً منه في حال تأدية وظيفته، أو بسببها. وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقبته وفي توجيهه".

إنجازه للأعمال موضوع العقد الفرعي وعقد العمل أيضا، فيسأل المقاول الفرعي عن الخطأ الصادر من العامل بسبب الوظيفة، بحيث لولا الوظيفة لما أخطأ التابع. ويعتبر الفعل واقعا بسبب الوظيفة إذا كانت هناك علاقة سببية مباشرة بين الفعل الضار وبين الوظيفة بحيث أنه لولا الوظيفة ما كان بإمكان التابع إثبات الفعل الضار. ويضيف المشرع أيضا بمناسبة تأدية الوظيفة، أي اقتصرت الوظيفة على تيسير ارتكاب الخطأ أو المساعدة عليه أو تهيئة الفرصة لارتكابه<sup>628</sup>.

على أن مسؤولية المقاول الأصلي عن حسن إنجاز المقاول الفرعي للمشروع ليست مسؤولية المتبوع عن عمل التابع، لأن المقاول الفرعي يعمل، كما قلنا بكل استقلالية دون الخضوع إلى المقاول الأصلي، فلا يعد عاملا لحسابه وإنما هي مسؤولية عقدية تنشأ عن العقد الأصلي، وتقوم على افتراض أن كل الأعمال التي تصدر من المقاول الفرعي، تعتبر بالنسبة لصاحب المشروع أعمالا وأخطاء صدرت من المقاول الأصلي. وتقوم مسؤولية المقاول من الباطن باعتباره متبوعا، على قرينة قاطعة لا تقبل العكس، إذ لا يمكنه دفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه لم يرتكب خطأ. غير أنه يمكنه إثبات السبب الأجنبي إن وجد والقوة القاهرة، حتى يتخلص من المسؤولية. كما يمكنه الرجوع على تابعه في حالة ارتكاب هذا الأخير خطأ جسيما<sup>629</sup>.

### ثالثا: مسؤولية المقاول من الباطن على أساس حراسة الأشياء

يوجد في مجال مقاولات البناء حراسة مزدوجة للأشياء، حراسة البناء من جهة، وحراسة الآلات والأدوات التي يستعملها المقاول و/أو المقاول الفرعي في عملية التنفيذ من جهة أخرى. ومن ثم، يسأل المقاول الفرعي باعتباره حارسا للآلات والأدوات والمواد المتواجدة في ورشة البناء عن الأضرار الناجمة عنها، ويكون خطأه مفترضا على نحو لا يقبل

<sup>628</sup>- أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السالف الذكر، بند

675، ص. 1170.

<sup>629</sup>- المادة 137 ق. م. ج. المعدلة.

العكس، وهذا ما جاء به المشرع الجزائري بموجب الفقرة الأولى من المادة 138 من القانون المدني، التي نصت على أنه " كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير، والرقابة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء"، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي أيضاً<sup>630</sup>.

أما الفقه<sup>631</sup> فقد عرف "حارس البناء" بأنه " الشخص الذي له السيطرة الفعلية على البناء، فيكون مكلف بحفظه وبصيانته والاستيقان بأنه ليس قديماً ولا معيباً، بحيث يتهدد الناس بالخطر". كما يعرف بأنه "من كان منوطاً بحفظ البناء وصيانته وقت تدمره، أي من كانت له السيطرة الفعلية على البناء ويتصرف لحساب نفسه في شؤون هذا البناء"<sup>632</sup>.

وبالتالي، فإنّ المقاول الفرعي يكون مسؤولاً عن كل ما ينجم عن العمل من ضرر قبل تسليمه إلى المقاول الأصلي، على أساس تمتعه بسلطة الرقابة والتسيير والسيطرة الفعلية على الإنجاز، وبصفته حارساً لكل شيء يستخدمه في إنجاز ذلك العمل. وبمجرد تسلم العمل من قبل المقاول الأصلي تنتقل حراسته إليه، وتنتقل معه المسؤولية التقصيرية عن الأضرار الناجمة عنه.

ويلاحظ، من استقراء نص المادة 138 المذكور، بأنّ المشرع استلزم لقيام المسؤولية التقصيرية لمتولي الحراسة عن الضرر الذي يحدثه الشيء موضوع الحراسة شرطان هما، ثبوت الحراسة من جهة، والقدرة على الاستعمال والتسيير والرقابة، من جهة أخرى. وتقع

---

<sup>630</sup> - Art. 1384 al. 1 (mod. par L. 2002-305 du 4 mars 2002 – art. 8 JORF 5 mars 2002) C. civ. fr.: « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ».

<sup>631</sup> - أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السالف الذكر، بند 713، ص. 1211.

<sup>632</sup> - الأودن سمير عبد السميع، ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق بائع العقار ومشيدي البناء المقاولين والمهندسين، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الاسكندرية، 2000، ص. 27.

حراسة البناء على من له السيطرة الفعلية على البناء، بحيث يكون مكلفاً بحفظه وصيانته، بغض النظر عن شرعية تلك السيطرة الفعلية وأحقيته بها من عدمها<sup>633</sup>.

وبالرجوع إلى المادة 140 من القانون المدني، في الفقرتين الثانية والثالثة، فقد نص المشرع على ما يلي " مالك البناء مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة، أو قدم في البناء، أو عيب فيه. ويجوز لمن كان مهتماً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر فإن لم يرق المالك بذلك، جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه". وبالتالي، فإن المسؤولية التقصيرية عن تدهم البناء تقع على صاحب المشروع بصفته مالكا للبناء.

تبعاً لذلك، فإن المشرع الجزائري، على غرار المشرع الفرنسي<sup>634</sup>، جعل مالك البناء هو الشخص المسؤول عن كل ضرر ناجم عن انهيار البناء أو تدمره جزئياً، ولا تنتفي مسؤولية المالك إلا إذا أثبت أن التدهم لا يرجع إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء، أو عيب فيه. خلافاً للمشرع المصري الذي ألقى مسؤولية تدهم البناء على عاتق حارسه ولو لم يكن مالكا له<sup>635</sup>.

---

<sup>633</sup>- ياسين محمد الجبوري، المرجع السالف الذكر، بند 1280، ص. 660.

<sup>634</sup> - Art. 1386 C. civ fr. : « Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction».

ونفس الموقف اتخذه المشرع المغربي بنصه في المادة 89 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: " يسأل مالك البناء عن الضرر الذي يحدثه انهياره أو تدمره الجزئي، إذا وقع هذا أو ذلك، بسبب القدم أو عدم الصيانة أو عيب في البناء. ويطبق نفس الحكم في حالة السقوط أو التدهم الجزئي لما يعتبر جزءاً من العقار، كالأشجار والآلات المندمجة في البناء والتوابيع الأخرى المعتبرة عقارات بالتخصيص. وتلزم المسؤولية صاحب حق السطحية، إذا كانت ملكية هذا الحق منفصلة عن ملكية الأرض".

<sup>635</sup>- المادة 177 من القانون المدني المصري التي نصت على ما يلي: " حارس البناء، ولو لم يكن مالكا له، مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر، ولو كان انهداماً جزئياً ما لم يتبين أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه".

وعليه، فإنّ المقاول الفرعي مثل المقاول الأصلي، لا يسأل تقصيرا عن الضرر الذي يحدثه تهدم البناء كليا أو جزئيا، لعدم اتصافه بصفة المالك، وترجع المسؤولية التقصيرية عن التهدم على عاتق صاحب المشروع بصفته مالك البناء، وعلى الملاك اللاحقين له.

ويحق لصاحب المشروع ولأي مالك للبناء من بعده، إذا كان التهدم سببه عيب في البناء، الرجوع على مقاول البناء والمهندس المعماري على أساس الضمانات المخصصة لهم قانونا، ولاسيما على أساس الضمان العشري، إذا تسلّم البناء، وعلى أساس المسؤولية العقدية للمقاول الأصلي إذا أخل بالتزاماته التعاقدية أو على أساس مسؤوليته عن أخطاء مقاوليه الفرعيين، كما سبق دراسته أعلاه.

وخلاصة القول، أنّ المقاول الفرعي وإن كان لا يخضع لأحكام الضمانات المعمارية، لاسيما منها أقوى ضمان وهو المسؤولية العشرية عن تهدم البناء وتعييه، فإنه يسأل عن أخطائه اتجاه المقاول الأصلي عن طريق المسؤولية العقدية، كما يسأل اتجاه الغير عن الأضرار اللاحقة بهم على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية، وكذا عن الأضرار اللاحقة بصاحب المشروع باعتباره من الغير بالنسبة للمقاول الفرعي لانتفاء أية علاقة تعاقدية بين الطرفين.

# الخاتمة

لقد أصبح التعاقد من الباطن في مقاولات البناء، طريقاً حتمياً يسلكه المقاول الأصلي من أجل تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه، بموجب عقد المقاوله المبرم بينه وبين صاحب المشروع، وهذا راجع لما يحظى به هذا النوع من العقود من أهمية بالغة في القطاع الاقتصادي عامة وفي قطاع البناء والترقية العقارية خاصة. ويتجلى ذلك من ضخامة الأعمال التي يتم التعاقد بشأنها من الباطن خاصة في مجال البناء والتشييد، إذ يصعب تنفيذ المشاريع الضخمة من قبل المقاول لوحده، فأصبح المقاول المكلف بإنجاز مشروع ما يلجأ إلى التعاقد فرعياً مع مقاولين آخرين بالنظر إلى تخصصهم في إنجاز عمل معين لا يتقنه المقاول الأصلي، أو بالنظر إلى قصر المدة الممنوحة لإتمام العمل، فيتعاقد معهم من أجل حسن إنجاز ذلك العمل من جهة، وتسليمه في الميعاد المتفق عليه من جهة أخرى. ولا يعتبر تعاقد المقاول مع غيره من المقاولين المتخصصين تنازلاً عن المقاوله، إذ يختلف

التعاقد الفرعي عن التنازل عن المقاولة في أن هذا الأخير ينقل كافة حقوق والتزامات المقاول الأصلي بصفته متنازلاً إلى مقاول آخر بصفته المتنازل له، فيحل محله في العلاقة العقدية بينه وبين صاحب المشروع. أما التعاقد الفرعي، فلا يؤدي إلى نقل الحقوق والالتزامات ويبقى كل طرف ملتزماً بما ينجم عن علاقته التعاقدية.

ولكن، ورغم تلك الأهمية التي يحظى بها التعاقد الفرعي في مجال مقاولات البناء، التي لا زالت تتنامى مع انتشار مشاريع الترقية العقارية، فلم ينظمه المشرع الجزائري بقانون خاص به، وإنما اكتفى بالنص على أحكامه في المادتين 564 و565 من القانون المدني اللتان تشكلان القسم الثالث تحت عنوان المقاولة الفرعية من الفصل المتعلق بعقد المقاولة. وبموجب هاذين النصين أخضع التعاقد الفرعي في عقد المقاولة إلى شروط سابقة لإبرامه، كضرورة وجود عقد مقاولة أصلي مبرم بين رب العمل ومقاول البناء، وانعدام بند في العقد الأصلي يمنع اللجوء إلى التعاقد الفرعي، وأن تكون طبيعة العمل لا تتعلق بالكفاءات الشخصية للمقاول. وهذا راجع إلى الاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه هذا النوع من العقود، إذ يضع صاحب المشروع ثقته في شخصية المقاول الذي تعاقد معه من أجل إنجاز العمل. غير أن الطابع الشخصي لعقد المقاولة لا يمنع المقاول من اللجوء إلى مقاولين آخرين لانجاز ما كلف به في إطار تعاقد فرعي متى توافرت شروطه.

وبذلك، ونظراً لأهمية التعاقد الفرعي المذكورة، كان من الأفضل تنظيم أحكامه بنص تشريعي مستقل، يمكن الجمع بموجبه بين التعاقد الفرعي في العقود الخاصة والتعاقد الفرعي في الصفقات العمومية، تفادياً لتضارب النصوص واختلافها. وذلك، بسبب عدم كفاية الأحكام العامة لنظرية التعاقد، وحتى القواعد المنظمة لعقد المقاولة، في معالجتها للإشكالات الناشئة عن التعاقد من الباطن، سواء من حيث تأطير العلاقات الناشئة عن التعاقد الفرعي، أو من حيث تبيان طريقة وإجراءات إبرام عقد المقاولة من الباطن، ولاسيما من حيث التزامات المقاول الفرعي وحقوقه ومدى خضوعه للضمانات المعمارية، وكذا مسؤولياته اتجاه أطراف المشروع واتجاه الغير.

فأصبح تدخل المشرع ضروري ومستعجل من أجل وضع إطار قانوني خاص ينظم العلاقات التي تحكم التعاقد الفرعي، أي العلاقة العقدية بين صاحب المشروع والمقاول الأصلي، والتي أساسها عقد المقاولة المبرم بينهما، والعلاقة العقدية بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، والتي يحكمها عقد المقاولة الفرعية، وعلاقة المقاول الفرعي بصاحب المشروع، التي تعد علاقة ينظمها القانون بنص خاص، بسبب انتفاء علاقة تعاقدية بينهما. وقد تكون العلاقة الناجمة عن التعاقد الفرعي علاقة متسلسلة، عند تعاقد المقاول الفرعي بدوره من الباطن مع مقاول آخر أو عدة مقاولين آخرين.

ونظراً، لصيرورة التعاقد الفرعي حلقة أساسية، لا يكتمل المشروع العقاري إلا بها، فقد أحاطه المشرع بمجموعة من الضمانات. إذ ضمن المشرع للمقاول الفرعي الحصول على مستحقاته من صاحب المشروع، بالرغم من انتفاء أية علاقة تعاقدية بينهما، وذلك عن طريق الدعوى المباشرة في حالة تخلف المقاول الأصلي عن تسديد حقوق المقاول الفرعي أو عجزه، كما جعل حقه في استثناء أجره من صاحب المشروع، حق امتياز، لا يزاخمه الدائنين العاديين في تحصيله.

أما الضمان الآخر، فيتمثل في إعفاء المقاول من الباطن من المسؤولية العشرية عن تدهم البناء أو تعييبه، فبالرغم من أن المقاول الفرعي هو من يقوم بإنجاز العمل فعلياً، فإن المقاول الأصلي هو من يتحمل المسؤولية العشرية إلى جانب المهندس المعماري اتجاه صاحب المشروع. كما لا يمكن لهذا الأخير مساءلة المقاول الفرعي عن أخطائه المرتكبة في الإنجاز، وإنما له الرجوع على المقاول الأصلي، الذي حمّله المشرع المسؤولية عن أفعال مقاوليه الفرعيين. ومن ثم، فقد رفع المشرع العبء عن المقاول الفرعي، في عدم تحميله الكثير من المسؤوليات، لاسيما المسؤولية العشرية، مكتفياً بمسؤوليته العقدية اتجاه المقاول الأصلي ومسؤوليته التقصيرية عن الأضرار اللاحقة بالغير.

في حين يتجه الفكر المقاولاتي حالياً، إلى ضرورة تحميل المقاول من الباطن مسؤوليات أكثر، لاسيما المسؤولية العشرية ويبرر هذا الاتجاه موقفه، إلى دور المقاول

الفرعي وتأثيره الفعّال في مصير المشروع العقاري، إذ لا يمكن إنجاز مشروع عقاري من دون المقاولين الفرعيين، وعلى الخصوص مشاريع الترقية العقارية، التي تتسم بالضخامة وضرورة التسريع بتسليمها، حفاظا على الأمن والسلم الاجتماعيين. وما دام أن المقاول الفرعي، غالبا ما يكون السبب في تأخر تسليم العمل والمسؤول الوحيد عن تعيب الإنجاز فعليا، لعدم تخصصه أو عدم إتقانه أو إهماله، فكان من المنطق تحميله المسؤولية العشرية وجميع الضمانات التي يلتزم بها المقاول الأصلي، باعتباره هو الآخر مقاولا وشخصا مهنيا. غير أنه يمكن اتخاذ طريق وسط، بتحميل المقاول الأصلي مع مقاوليه الفرعيين الضمانات المعمارية والمسؤوليات بصفة تضامنية فيما بينهم، ومع كل من يتدخل في إنجاز المشروع العقاري، مع تحديد مسؤولية كل متدخل بقدر تأثيره في توجيه المشروع العقاري. ولا يتسنى هذا وذلك، إلا بتنظيم أحكام التعاقد الفرعي بموجب قانون يبين القواعد الخاصة بالتعاقد الفرعي في مقاولات البناء.

## ~ قائمة أهم المراجع ~

### أولا- المراجع باللغة العربية:

1- أهم النصوص القانونية الخاصة بالتشريع الجزائري حسب التسلسل التاريخي:

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج. ر. 30 سبتمبر 1975، عدد 78، ص. 990.

- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، ج. ر. 19 ديسمبر 1975، عدد 101، ص. 1306.

- المرسوم رقم 86-205 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء، ج. ر. 20 غشت 1986، العدد 34، ص. 1433.

- القانون رقم 88-07 المؤرخ في 26 يناير 1988 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، ج. ر. 27 يناير 1988، العدد 4، ص. 117.
- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 15 ماي 1988 المتعلق بكيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء، ج. ر. 26 أكتوبر 1988، العدد 43، ص. 1479.
- القانون رقم 90-03 المؤرخ في 6 فبراير 1990، المتعلق بمفتشية العمل، المعدل والمتمم.
- قانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج. ر. 2 ماي 1990، العدد 17، ص. 562. المعدل والمتمم.
- قانون رقم 90-29 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج. ر. 2 ديسمبر 1990، العدد 52، ص. 1652.
- المرسوم التنفيذي رقم 91-05 المؤرخ في 19 يناير 1991 المتعلق بالقواعد العامة للحماية التي تطبق على حفظ الصحة والأمن في أماكن العمل، ج. ر. 23 يناير 1991، العدد 4، ص. 74.
- المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في أول مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، ج. ر. 3 مارس 1993، العدد 14، ص. 4 (الملغى).
- المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، ج. ر. 27 أبريل 1993، العدد 27، ص. 3.
- المرسوم التنفيذي رقم 93-120 المؤرخ في 15 مايو 1993 المتعلق بتنظيم طب العمل، ج. ر. 19 مايو 1993، العدد 33، ص. 9.
- المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج. ر. 25 ماي 1994، العدد 32، ص. 4.
- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، ج. ر. 8 مارس 1995، العدد 13، ص. 3.

- الأمر رقم 96-01 المؤرخ في 10 يناير 1996، الذي يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، ج. ر. 14 يناير 1996، العدد 3، ص. 3.
- المرسوم التنفيذي رقم 02-68 المؤرخ في 6 فبراير 2002، والمتعلق بشروط فتح مخابر تحاليل الجودة واعتمادها، ج. ر. 13 فيفري 2002، العدد 11، ص. 36.
- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج. ر. 28 يوليو 2002، العدد 52، ص. 3 (الملغى).
- قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر. 27 يونيو 2004، العدد 41، ص. 3.
- قانون رقم 04-05 المؤرخ في 14 غشت 2004 المعدل والمتمم للقانون رقم 90-29 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 والمتعلق بالتهيئة والتعمير، ج. ر. 15 غشت 2004، العدد 51، ص. 12.
- قانون رقم 04-06 المؤرخ في 14 غشت 2004 المعدل والمتمم للقانون رقم 94-07 المؤرخ في 18 ماي 1994 والمتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج. ر. 15 غشت 2004، العدد 51، ص. 7.
- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج. ر. 26 يونيو 2005، عدد 44، ص. 17.
- القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي، ج. ر. 20 يوليو 2005، العدد 51، ص. 6.
- المرسوم التنفيذي رقم 05-11 المؤرخ في 8 يناير 2005 الذي يحدد شروط إنشاء مصلحة الوقاية الصحية والأمن في وسط العمل وتنظيمها وسيرها وكذا صلاحياتها،

- المرسوم التنفيذي رقم 05-12 المؤرخ في 8 يناير 2005 المتعلق بالتدابير الخاصة بالوقاية الصحية والأمن المطبقة في قطاعات البناء والأشغال العمومية والري، ج. ر. 9 يناير 2005، العدد 4، ص. 29.
- المرسوم التنفيذي رقم 05-465 المؤرخ في 6 ديسمبر 2005، والمتعلق بتقييم المطابقة، ج. ر. 11 ديسمبر 2005، العدد 80، ص. 9.
- قانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، ج. ر. 12 مارس 2006، العدد 15، ص. 3.
- المرسوم التنفيذي رقم 06-55 المؤرخ في 30 يناير 2006، الذي يحدد شروط وكيفيات تعيين الأعوان المؤهلين للبحث عن مخالفات التشريع والتنظيم في مجال التهيئة والتعمير ومعاينتها وكذا إجراءات المراقبة، ج. ر. 5 فبراير 2006، العدد 06، ص. 4.
- المرسوم التنفيذي رقم 06-223 المؤرخ في 21 يونيو 2006، المتضمن إنشاء هيئة الوقاية من الأخطار المهنية في نشاطات البناء والأشغال العمومية والري وصلاحياتها وتنظيمها وسيرها، ج. ر. 25 يونيو 2006، العدد 42، ص. 12.
- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. 23 أبريل 2008، العدد 21، ص. 3.
- القانون رقم 08-15 المؤرخ في 20 جويلية 2008 الذي يحدد قواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها، ج. ر. 3 أوت 2008، العدد 44، ص. 19.
- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج. ر. 8 مارس 2009، العدد 15، ص. 12.
- المرسوم التنفيذي رقم 09-154 المؤرخ في 2 مايو 2009 المحدد لإجراءات تنفيذ التصريح بمطابقة البناء، ج. ر. 6 مايو 2009، العدد 27، ص. 28.

- المرسوم التنفيذي رقم 09-343 المؤرخ في 22 أكتوبر 2009 الذي يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-55 المؤرخ في 3 يناير 2006 والمحدد لشروط وكيفيات تعيين الأعوان المؤهلين للبحث عن مخالفات التشريع والتنظيم في مجال التهيئة والتعمير ومعاينتها وكذا إجراءات المراقبة، ج. ر. 25 أكتوبر 2009، العدد 61، ص. 12.

- قانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 غشت 2010 المعدل والمتمم للقانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر. 18 غشت 2010، العدد 46، ص. 11.

- مرسوم رئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج. ر. 7 أكتوبر 2010، عدد 58، ص. 3 (الملغى).

- قانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج. ر. 6 مارس 2011، العدد 14، ص. 4.

- المرسوم التنفيذي رقم 12-85 المؤرخ في 20 فبراير 2012 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، ج. ر. 26 فبراير 2012، العدد 11، ص. 10.

- المرسوم التنفيذي رقم 14-139 المؤرخ في 20 أبريل 2014 الذي يوجب على المؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين، ج. ر. 7 مايو 2014، العدد 26، ص. 6.

- المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 25 يناير 2015 الذي يحدد كيفية تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج. ر. 12 فبراير 2015، العدد 07، ص. 4.

- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، الذي تضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج. ر. 20 سبتمبر 2015، العدد 50، ص.

3.

## 2- المراجع العامة حسب الترتيب الهجائي لألقاب المؤلفين:

- ابتسام القران، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1992.
- إبراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على العمل، عقد المقاوله فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، 2003.
- الجبوري محمد ياسين، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، 2003.
- الجبوري محمود خلف، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2010.
- الجزيري عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني: العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، 2004.
- السنهوري أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الثاني، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- السنهوري أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، المجلد الأول، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- العربي فريد والسيد الفقي، القانون التجاري، الأعمال التجارية، التجار، الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- العمروسي أنور، العقود الواردة على العمل في القانون المدني: المقاوله - التزام المرافق العامة - عقد العمل - عقد الوكالة - عقد الوديعة - عقد العارية - الحراسة، معلقا على نصوصها بالفقه وأحكام النقض، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

- الفضلي جعفر، الوجيز في العقود المدنية، البيع - الإيجار - المقاول، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
- بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاول، دراسة تحليلية ونقدية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2008.
- بدوي زكي أحمد، معجم المصطلحات القانونية، دار الكتاب المصري، ودار الكتاب اللبناني، 1989.
- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثالثة، منشورات بغدادية، 2011.
- بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني: العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.
- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011.
- حمزة محمود جلال، العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام، القواعد العامة، القواعد الخاصة، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.
- ريبير جورج، روبلو ريني، فوجال لويس، المطول في القانون التجاري، التجار - محاكم التجارة - الملكية الصناعية - المنافسة، الجزء الأول، المجلد الأول، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2007.
- زراوي صالح فرحة، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، الأنشطة التجارية المنظمة، السجل التجاري، النشر الثاني، نشر وتوزيع ابن خلدون، وهران، 2003.

- سردوك هيبه، المناقصة العامة كطريق للتعاقد الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، 2009.

- علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

- هدفي بشير، الوجيز في شرح قانون العمل، علاقات العمل الفردية والجماعية، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، 2009، ص. 55.

- وفاء فارس، ظهير الالتزامات والعقود وفق آخر التعديلات إلى غاية فاتح دجنبر 2008، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 2009.

### 3- المراجع الخاصة حسب الترتيب الهجائي لألقاب المؤلفين:

- أبو عيد إلياس، نماذج عقود واتفاقات عقد الضمان: التأمين، عقد المقاوله بين مالك عقار ومهندس معماري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.

- الأودن سمير عبد السميع، ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق بائع العقار ومشيدي البناء المقاولين والمهندسين، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2000.

- الأودن سمير عبد السميع، مدى مسؤولية المهندس الاستشاري مدنيا في مجال الانشاءات، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، 2000.

- البكري محمد عزمي، موسوعة شرح القانون المدني الجديد، العقود المدنية الصغيرة، عقد المقاوله، المجلد الثالث، دار محمود للنشر والتوزيع، 2003.

- السرحان عدنان ابراهيم، شرح القانون المدني، العقود المسماة: المقاوله، الوكالة، الكفالة، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007.

- الشهاوي قدرى عبد الفتاح، أحكام عقد المقاوله، مناطها، ظوابطها، أطرها في التشريع: المصري، العربي، الأجنبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

- العايد عبد الرحمان، عقد المقاوله، مكتبة الملك فهد، الإدارة العامة للثقافة والنشر، الرياض، 2004.
- العرعاري عبد القادر، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري بالمغرب، الطبعة الأولى، دار الأمان للنشر والتوزيع، الرباط، 2009.
- تونسي حسين، انحلال العقد، دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاوله، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- جعلوك محمد علي عارف، أعمال المقاولات، إدارة المشروعات وتنفيذ العقود، الطبعة الأولى، دار الراتب الجامعية، بيروت، 1999.
- حسين يسين عبد الرزاق، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء: شروطها - نطاق تطبيقها - الضمانات المستحدثة فيها - دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1987.
- حماد رأفت محمد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- سامي محمد، الأسس القانونية لعقود الإيجار، عقد الإيجار الأصلي والتعاقد من الباطن، دار الكتاب الحديث، 2009.
- سرور محمد شكري، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، دار الفكر العربي، 1985.
- سميع آمنة، المقاوله من الباطن للصفقة، دراسة للمركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، 2008.
- طلبة أنور، العقود الصغيرة، الشركة والمقاوله والتزام المرافق العامة، المكتب الجامعي الحديث، 2004.
- علي الشهبان هاشم، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

- عنبر محمد عبد الرحيم، عقد المقاولة، دراسة بين تشريعات الدول العربية، القاهرة، 1977.

- قرة فتيحة، أحكام عقد المقاولة، دراسة فقهية قضائية للعقد في القانون المدني والتجاري وتطبيقات عملية لأهم عقود المقاولة مدعمة بكافة أحكام محكمة النقض الصادرة في هذا الشأن في 60 عاما مع أهم صيغ العقود والدعاوى الواردة عليه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992.

- مغبغب نعيم، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، 1997.

- منصور محمد حسين، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003.

- ياقوت محمد ناجي، مسؤولية المعماربيين بعد إتمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

#### 4- الأطروحات والمذكرات حسب الترتيب الهجائي لألقاب المؤلفين:

- حمادي جازية مجيدة، عقد مقاوله البناء في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2002-2003.

- زيداني توفيق، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2009-2010.

- سميع أمينة، المركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، 2004-2005.

- عزايذة علي محمد فرحان، التزامات المقاول وفق أحكام التشريع المغربي والتشريع الأردني، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1999.

- قضا إبراهيم، النظام القانوني لمسؤولية أجبر صناعة البناء العشرية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون المدني، جامعة الحسن ثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، عين الشق، 2001-2002.

- مازة حنان، ضمان العيوب في عقد مقاوله البناء، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2009-2010.

- متمير فاطمة، المسؤولية المعمارية للمقاول بين أزمة النص ومتطلبات الإصلاح، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون المدني، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، 2006-2007.

#### 5- المقالات الفقهية حسب الترتيب الهجائي لألقاب المؤلفين:

- العرعاري عبد القادر، مفهوم عقد المقاوله في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مجلة الإحياء، العدد 4، 1994، ص. 53.

- الطيب قلوش ، تقييم المطابقة في التشريع الجزائري، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، العدد 3، 2012، ص. 104.

- بن عزوز بن صابر، حق العمال في الوقاية الصحية والأمن داخل أماكن العمل في التشريع الجزائري، مجلة معهد الحقوق والعلوم القانونية، المركز الجامعي بغليزان، العدد الأول، 2010، ص. 43.

- بن قو آمال، الحماية القانونية للأجر في ظل التشريع الجزائري، المشروع الوطني للبحث، العدد 4، 2013.

- مازة حنان، النظام القانوني لتسليم المشاريع في عقد مقاوله البناء، حوليات كلية الحقوق، جامعة وهران، العدد 4، 2013.

- محراش سميرة، مدى تطبيق أحكام الضمان العشري على المقاول من الباطن، مجلة محاكمة، العدد 7-8، 2010، ص. 215.

- يوسف إبراهيم، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول طبقا للمادة 554 من القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4، 1995، ص. 688.

#### 6- الاجتهاد القضائي الجزائري حسب التسلسل التاريخي:

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 16 مارس 1983، ملف رقم 30952/30940، المجلة القضائية، العدد الأول، 1990، ص. 15 و 17.

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 30 أكتوبر 1985، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1990، ص. 44.

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 27 نوفمبر 1985، ملف رقم 41783، المجلة القضائية، العدد الأول، 1990، ص. 43.

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 11 نوفمبر 1987، ملف رقم 51553، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1992، ص. 23.

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 13 جوان 1990، ملف رقم 61489، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1991، ص. 65.

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 23 جانفي 1991، ملف رقم 64748، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1992، ص. 31.

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 18 جوان 1997، ملف رقم 144112، المجلة القضائية، العدد الأول، 1999، ص. 21.

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 11 مارس 1998، ملف رقم 152934، المجلة القضائية، العدد الأول، 1999، ص. 109.

#### ثانيا- المراجع باللغة الفرنسية

1- أهم النصوص القانونية الخاصة بالتشريع الفرنسي حسب التسلسل التاريخي:

- Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 *relative à la sous-traitance*, JORF 3 janvier 1976, p. 148.
- Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 *relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction*, JORF 5 janvier 1978, p. 188.
- Loi n° 90-1129 du 19 décembre 1990 *relative au contrat de construction d'une maison individuel*, JORF 22 décembre 1990, n° 297.
- Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, JORF 12 décembre 2001, n° 288, p. 19703.
- Ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005, portant modification du diverses disposition relative à l'obligation d'assurance dans le domaine de la construction et aux géomètres experts, JORF 9 juin 2005, n° 133.
- Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, JORF 16 juillet 2006.
- Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF 18 juin 2008, n° 141.
- Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JORF 13 mai 2009, n° 110, p. 7920.
- Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du code des transports La partie législative du code des transports fait l'objet d'une publication spéciale annexée au Journal officiel de ce jour, JORF 3 novembre 2010, n°0255, p. 19645.

## 2- المراجع العامة باللغة الفرنسية حسب الترتيب الهجائي:

- ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *Droit civil, Contrats spéciaux*, Litec, 4<sup>ème</sup> éd., 2004.
- BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2011.
- CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2002.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil, t. 4, Les obligations*, PUF, 22<sup>ème</sup> éd., 2002.
- DELEBECQUE (Ph.), *Le contrat d'entreprise*, Dalloz, éd. 1993.
- DUPONT- DELESTRAINT (P.), *Droit civil, Principaux contrats*, Dalloz, 1988.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Les obligations, L'acte juridique*, Armand Colin, 10<sup>ème</sup> éd., 2002.

- GASTI (J.), *Les contrats spéciaux*, Armant colin éd., 1998.
- GUILLIEN (J.) et VINCENT (J.), *Lexique des termes juridiques*, 14<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2003.
- GUYON (Y.), *Droit des affaires*, T. 1, *Droit commercial général et sociétés*, Economica et Delta, 12<sup>ème</sup> éd., 2003.
- HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LÉCUYER (H.) et MOREL-MAROGER (J.), *Les principaux cotrats spéciaux*, L.G.D.J., 3<sup>ème</sup> éd., 2012.
- LE TOURNEAU (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2006.
- Le TOURNEAU (Ph.), FISCHER (J.) et TRICOIRE (E.), *Principaux contrats civils et commerciaux*, Ellipses, éd. 2005.
- MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, 1998.
- MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 5<sup>ème</sup> éd., 2011.
- MERLE (ph.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, 15<sup>ème</sup> éd., 2012.
- PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2007.
- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, t. 1, *Commerçants, Actes de commerce, Entreprise commerciale, Fonds de commerce, Sociétés commerciales*, par M. GERMAIN, L.G.D.J., 16<sup>ème</sup> éd., 1996.
- VERMELLE (G.), *Les contrats spéciaux*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2006.

### 3- المراجع الخاصة باللغة الفرنسية حسب الترتيب الهجائي:

- BABANDO (J.-P.), *La sous-traitance dans la construction, marchés publics, marchés privés*, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 2005.
- BENABENT( A.), *Sous-traitance, Sous-traitance des marchés des personnes privées*, par L. Jobert, *Juris-cl. contrats-distribution* 2013, fasc. 1450.
- BERGEL (J.-L.), LIARD (J.-J.) et EYROLLES (J.-J.), *Lamy droit immobilier, Urbanisme, Construction, Fiscalité, Contrat d'entreprise*, éd. 2006.
- BLOCH (B.-M.), *Sous-traitance, Sous-traitance des marchés des personnes publiques*, *Juris-cl. contrats-distribution* 2013, fasc. 1455.
- BONHOMME (R.), *Sous-contrat et co-contrat, Adjonction et conjonction de contractants*, *Juris-cl. contrats-distribution* 2004, fasc. 105.

- BOUBLI (B.), *Contrat d'entreprise*, Encyc. Dalloz civ., IV, 2010 (mise à jour 2014).
- BOUDRAND (P.) et FARNOUX (C.), *Marchés de travaux et contrats de sous-traitance : La réclamation*, 2<sup>ème</sup> éd., Le Moniteur, Paris 2007.
- CAPITANT (H.), TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, t. 2, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2000.
- GIBIRILA (D.), *Contrat d'entreprise, Louage d'ouvrage et d'industrie*, Juris-cl. 2002, Fasc. 40.
- LÉCUYER (H.), DANNA (S.) et LESAGE (G.) et (T.) BASTIDE, *Sous-traitance*, Dict. perm. dr. aff., éd. 2012; *Contrat d'entreprise entre industriels*, 2003; *Prestations de services*, 2006; *Sécurité des produits et des services*, 2006.
- KARILA (J.-P.), *Les responsabilités des constructeurs*, Delmas, 2<sup>ème</sup> éd., 1991.
- KARILA (J.-P.), *Sous-traitance, loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, qualification et modalité de la sous-traitance, la protection du sous-traitant*, juris-cl, construction –urbanisme, 2008, Fasc 206.
- KARILA (J.-P.), *Sous-traitance, Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, paiement du sous-traitant, sous-traitance et responsabilité*, juris-cl., construction –urbanisme, 2008, Fasc 207.
- LEGEAI (D.), *Sous-traitance*, Juris-cl. com. 1990, Fasc. 244.
- MERCADAL (B.), *Mémento pratique F. Lefebvre, Droit des affaires, Contrats et droits de l'entreprise*, 14<sup>ème</sup> éd., 2006.
- SABLIER (B.), CARO (J.-E.) et ABBATUCCI (S.), *La sous-traitance dans la construction*, Le Moniteur, 7<sup>ème</sup> éd., 2012.
- VALENTIN (G.), *Les contrats de sous-traitance*, Litec, éd. 1979.

#### 4- المقالات الفقهية باللغة الفرنسية حسب الترتيب الهجائي لألقاب المؤلفين :

- BALON (F.), *Relations entre maître de l'ouvrage et sous-traitant : Aperçu synthétique*, in *La sous-traitance*, Séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002, Bruylant éd., Bruxelles, 2003, p. 191.
- BALON (F.), *Relations maître de l'ouvrage/ sous-traitant*, in *la sous-traitance*, Larcier éd., Bruxelles, 2006, p. 75.
- BIGOT (J.), *Sous-traitance et assurance au point de vue juridique*, in *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, (sous la direction de G. Gavalda), Economica éd., 1978, p. 89.

- DELVAUX (A.) et POTTIER (F.), *Relation entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant : questions spéciales*, in *La sous-traitance*, Séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002, Bruylant éd., Bruxelles, 2003, p. 105.
- GAVALDA (Ch.), *La sous-traitance, Commentaire de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975*, in *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, (sous la direction de G. Gavalda), Economica éd., 1978, p. 14.
- HAMDAN (L.-B.), *Evolution des fonctions sociales du salaire*, Rev. Laboratoire de droit social, faculté de droit, université d'Oran, n° 04, 2013.
- HENRY (P.), *L'action directe et le privilège du sous-traitant*, in *la sous-traitance*, sous la direction de (F. Balon, B. Louveaux et P. Henry), Larcier éd., Bruxelles, 2006, p. 43.
- KOHL (B.) et VANWIJCK-ALEXANDRE (M.), *Droit des obligations et sous-traitance*, in *La sous-traitance*, Séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002, Bruylant éd., Bruxelles, 2003, p. 25.
- LOUVEAUX (B.), *La responsabilité du sous-traitant face à ses cocontractants et aux tiers*, in *la sous-traitance*, Larcier éd., Bruxelles, 2006, p. 7.
- RENARD (J.-P.), *Relations entre maître de l'ouvrage et sous-traitant: l'action directe - Bilan et perspectives*, in *La sous-traitance*, Séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002, Bruylant éd., Bruxelles, 2003, p. 171.
- ROUX (M.), *Les cautionnements délivrés au bénéfice des sous-traitants*, in *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, (sous la direction de G. Gavalda), Economica éd., 1978, p. 152.
- VINEY(G.), *Sous-traitance et responsabilité civile*, in *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, (sous la direction de G. Gavalda), Economica éd., 1978, p. 44.
- ZAHY (A.), *Le droit et la responsabilité en matière de de construction*, Rev. alg. 1987, n° 3, p. 587.
- D. ZENNAKI, *L'impact de la reception de l'ouvrage sur la garantie des constructeurs immobiliers*, Rev. alg. 2001, v. 42.

## ~ الفهرس ~

المقدمة:	1
الأول: نطاق تطبيق أحكام التعاقد من الباطن في مقاولات البناء ....	14
الفصل الأول:	
ماهية المقاولة من الباطن .....	16
المبحث الأول:	
مفهوم عقد المقاولة من الباطن .....	16
المطلب الأول:	
تحديد القصد من عقد المقاولة من الباطن .....	17
الفرع الأول:	
تعريف عقد المقاولة من الباطن .....	17
الفرع الثاني: خصائص عقد المقاولة من الباطن .....	25
أولاً: عقد المقاولة من الباطن عقدا رضائياً .....	25
ثانياً: عقد المقاولة من الباطن من العقود الملزمة للجانبين .....	29
ثالثاً: عقد المقاولة من الباطن من عقود المعاوضة .....	29
رابعاً: عقد المقاولة من الباطن من العقود المهنية .....	31
خامساً: عقد المقاولة من الباطن من عقود الاعتبار الشخصي .....	33
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لعقد المقاولة من الباطن .....	36
المطلب الثاني: التمييز بين عقد المقاولة من الباطن وغيره من العقود المشابهة .....	38

الفرع الأول: التمييز بين عقد المقاولة من الباطن والعقود المستخدمة في إنجاز المشاريع.....	39
أولاً: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن عقد العمل .....	39
ثانياً: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن عقد الوكالة .....	47
ثالثاً: تمييز عقد المقاولة الفرعية عن عقد البيع .....	50
الفرع الثاني: التمييز بين عقد المقاولة من الباطن والتصرفات المشابهة .....	52
أولاً: التمييز بين المقاولة الفرعية والتنازل عن المقاولة .....	52
ثانياً: التمييز بين المقاولة الفرعية والتجمع .....	59
ثالثاً: التمييز بين المقاولة الفرعية وتعدد العقود .....	62
رابعاً: التمييز بين المقاولة الفرعية والعقود المتتابعة .....	64
خامساً: التمييز بين المقاولة الفرعية والعقود المكتملة .....	66
المبحث الثاني: تكوين عقد المقاولة الفرعية للبناء .....	67
المطلب الأول: الشروط اللازمة لصحة التعاقد الفرعي في مقاولات البناء .....	67
الفرع الأول: الشروط العامة لصحة عقد المقاولة من الباطن .....	68
أولاً: وجود التراضي .....	69
ثانياً: المحل أو موضوع التعاقد الفرعي .....	72
ثالثاً: السبب في عقد المقاولة من الباطن .....	76
الفرع الثاني: الشروط الخاصة لصحة عقد المقاولة من الباطن .....	77
أولاً: انعدام الشرط المانع من التعاقد الفرعي في عقد المقاولة .....	77
ثانياً: اشتراط عدم تعلق أعمال البناء محل عقد المقاولة بكفاءات شخصية للمقاول ...	84
الفرع الثالث: غياب شروط شكلية خاصة بالتعاقد الفرعي في مقاولات البناء .....	86
المطلب الثاني: طرق وأساليب إبرام عقد المقاولة من الباطن .....	87
الفرع الأول: مرحلة المفاوضات السابقة للتعاقد .....	87
أولاً: مرحلة بداية التفاوض وسيره .....	88
ثانياً: مرحلة صدور الإيجاب ونهاية المفاوضات .....	89

91	الفرع الثاني: إبرام عقد المقاولة الفرعية
92	أولاً: شرط الضمان المالي
94	ثانياً: شرط التحكيم
95	ثالثاً: الشرط الجزائي
97	رابعاً: الشروط المعدلة للمسؤولية
99	- <u>الفصل الثاني: الضمانات الناشئة عن التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء</u> ...
	المبحث الأول: مدى إمكانية تطبيق أحكام الضمان العشري على عقد المقاولة من
100	الباطن
100	المطلب الأول: مفهوم الضمان العشري في عقد مقاولة البناء
101	الفرع الأول: المقصود بالضمان العشري
107	الفرع الثاني: شروط تطبيق أحكام الضمان العشري في عقد مقاولة البناء
	المطلب الثاني: أساس عدم انصراف التزام المقاول الأصلي بالضمان العشري إلى المقاول
115	الفرعي
	المبحث الثاني: الضمانات المقررة للمقاول من الباطن في الحصول على أجره من قبل
124	صاحب المشروع (الدعوى المباشرة)
124	المطلب الأول: النظام القانوني للدعوى المباشرة
125	الفرع الأول: مفهوم الدعوى المباشرة
125	أولاً: تعريف الدعوى المباشرة
133	ثانياً: خصائص الدعوى المباشرة
135	ثالثاً: شروط ممارسة الدعوى المباشرة
138	رابعاً: أنواع الدعاوى المباشرة
140	خامساً: أصحاب الحق في ممارسة الدعوى المباشرة
144	الفرع الأول: الآثار المترتبة على رفع الدعوى المباشرة
147	المطلب الثاني: حق الامتياز المخول للمقاول من الباطن
150	القسم الثاني: الآثار المترتبة عن التعاقد من الباطن وجزاء مخالفة أحكامه

<b>الفصل الأول: الآثار المترتبة عن التعاقد من الباطن في مقاولات البناء</b> .....	153
المبحث الأول: التزامات المقاول من الباطن اتجاه المقاول الأصلي .....	153
المطلب الأول: التزام المقاول من الباطن بانجاز العمل موضوع عقد المقاول الفرعي .....	153
الفرع الأول: التزام المقاول الفرعي بتنفيذ العمل بطريقة سليمة .....	154
الفرع الثاني: التزام المقاول الفرعي بإنجاز العمل المتفق عليه في الأجل المحدد .....	159
المطلب الثاني: التزام المقاول من الباطن بتسليم العمل محل عقد المقاول إلى المقاول الأصلي .....	165
الفرع الأول: مفهوم الالتزام بتسليم العمل موضوع التعاقد الفرعي .....	166
الفرع الثاني: كيفية تسليم المقاول الفرعي العمل إلى المقاول الأصلي .....	168
أولاً: وقت تسليم المقاول الفرعي العمل إلى المقاول الأصلي .....	168
ثانياً: مكان تسليم المقاول الفرعي العمل إلى المقاول الأصلي .....	169
المبحث الثاني: التزامات المقاول الأصلي اتجاه المقاول من الباطن .....	170
المطلب الأول: التزام المقاول الأصلي بتمكين المقاول من الباطن من تنفيذ العمل المتفق عليه .....	170
الفرع الأول: التزام المقاول الأصلي بوضع وسائل العمل تحت تصرف المقاول من الباطن .....	170
الفرع الثاني: التزام المقاول الأصلي بالإعلام والنصح .....	175
أولاً: التزام المقاول الأصلي بالإعلام .....	175
ثانياً: التزام المقاول الأصلي بتقديم النصيحة أو المشورة .....	178
الفرع الثالث: التزام المقاول الأصلي بالإشراف على تنفيذ العمل ومراقبته .....	179
الفرع الرابع: التزام المقاول الأصلي بالسلامة وحفظ الصحة .....	182
المطلب الثاني: التزام المقاول الأصلي بتسليم الأعمال محل عقد المقاول الفرعية .....	185

185	الفرع الأول: مفهوم تسلّم الأعمال موضوع التعاقد من الباطن
186	أولاً: تعريف تسلّم الأعمال
189	ثانياً: الطبيعة القانونية للالتزام بتسلّم المشروع
192	ثالثاً: شروط تسلّم المقاول الأصلي للعمل
197	رابعاً: الأشكال القانونية لتسلّم العمل
201	الفرع الثاني: الآثار القانونية لتسلّم العمل في عقد المقاولة من الباطن
201	أولاً: استحقاق المقاول الفرعي الباقي من الأجر
202	ثانياً: نقل حيازة العمل إلى المقاول الأصلي
202	ثالثاً: نقل عبئ تبعة هلاك العمل المنجز
204	رابعاً: نقل عبء الحراسة على العمل المنجز إلى المقاول الأصلي
205	خامساً: الإغفاء من العيوب الظاهرة على العمل المنجز
206	المطلب الثالث: التزام المقاول الأصلي بدفع الأجر
207	الفرع الأول: مضمون الالتزام بدفع أجر المقاول الفرعي
209	أولاً: زمان الوفاء بالأجر
210	ثانياً: مكان دفع الأجر
210	الفرع الثاني: حالات تعديل الأجر
	- <b>الفصل الثاني: جزاء مخالفة أحكام التعاقد من الباطن (المسؤولية المدنية للمقاول من الباطن اتجاه أطراف المشروع)</b>
220	المبحث الأول: مسؤولية المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي
221	المطلب الأول: المقصود بالمسؤولية العقدية للمقاول من الباطن
223	المطلب الثاني: شروط قيام المسؤولية العقدية للمقاول من الباطن
224	الفرع الأول: الخطأ العقدي للمقاول من الباطن
228	أولاً: مسؤولية المقاول من الباطن عن عدم إنجاز العمل على الوجه السليم
	ثانياً: مسؤولية المقاول من الباطن عن الإخلال بالتزامه بتسليم العمل المنجز في الميعاد
232	

الفرع الثاني: ضرورة إثبات الضرر اللاحق بالمقاول الأصلي .....	234
أولاً: تعريف الضرر .....	234
ثانياً: أنواع الضرر .....	235
الفرع الثالث: علاقة السببية بين خطأ المقاول من الباطن والضرر الحاصل للمقاول الأصلي .....	238
المبحث الثاني: مسؤولية المقاول من الباطن تجاه صاحب المشروع .....	242
المطلب الأول: حلول المقاول الأصلي محل المقاول الفرعي في مسؤوليته اتجاه صاحب المشروع .....	242
الفرع الأول: مسؤولية المقاول الأصلي عن فعل المقاول من الباطن .....	243
الفرع الثاني: شروط قيام المسؤولية العقدية للمقاول الأصلي عن فعل المقاول الفرعي .....	248
المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية للمقاول من الباطن .....	253
الفرع الأول: مسؤولية المقاول من الباطن عن عدم تنفيذ العقد الفرعي .....	254
أولاً: المسؤولية الشخصية للمقاول من الباطن .....	254
ثانياً: المسؤولية التضامنية للمقاول من الباطن .....	256
ثالثاً: المسؤولية التضامنية للمقاول من الباطن مع المقاول الأصلي .....	262
الفرع الثاني: مسؤولية المقاول من الباطن عن الأضرار التي تلحق بصاحب المشروع والمستقلة عن عدم تنفيذ العقد الفرعي .....	264
أولاً: مسؤولية المقاول من الباطن على أساس خطئه .....	264
ثانياً: مسؤولية المقاول من الباطن باعتباره متبوعاً .....	265
ثالثاً: مسؤولية المقاول من الباطن باعتباره على أساس حراسة الأشياء .....	268
– خاتمة .....	271
قائمة المراجع .....	275
الفهرس .....	291

~ تم بحمد الله وفضله ~